ANDREÆ FACHINEI IVRISCONSVLTI FORO-LIVIENSIS, IN CELEBERRIMO PISANO GYMNASIO IVRIS CÆSA-rei Profeſſoris Ordinarij,

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBRI TREDECIM.

QVIBVS OMNES FERE QVÆSTIONES PRÆCIPVÆ, VT SVNT, IVDICIALES, CONTRACTVVM, VLTIMARVM VOLVNTATVM, Feudales, Criminales, & aliæ miſcellaneæ, mira breuitate & perſpicuitate diſcutiuntur.

EDITIO POSTREMA AB AVTHORE MVLTIS ADDITIONIBVS ET EMENDATIONIBVS ILLVſtrata, & in duas partes diuiſa; cui accedunt initio operis eædem Controuerſiæ aſſertoriè deciſæ, & iuxta ſeriem Pandect. & Codicis diſpoſitæ per Cornel. Pynacker. I. V. D.

Adiectis Indicibus Librorum & Capitum; Legum & Canonum; Rerum & ſententiarum locupletiſſimis.



COLONIÆ AGRIPPINÆ,
Sumptibus IOANNIS GYMNICI, ſub Monocerote.

ANNO M.DC.XXVI.

Cum grat. & priuileg. Sac. Cæſar. Maieſt. ſpeciali.

SER.^{NÆ} CHRISTINÆ A LOTHARINGIA MAGNÆ DVCI HETRVRIÆ,

ANDREAS FACHINEVS S. D.

VT libri huius frontem Sereniſſimi nominis tui ſplendore illuſtrarem, complures cauſſæ effecerunt: Beneficia accepta; Dignitas & amplitudo tua; Operis argumentum. Ex innumeris autem beneficijs, quæ in me contuliſti, nullum animo meo inſidet altiùs, aut obſeruatur crebriùs, quàm cum me ex Germania honorifice euocaſti, ac inter iuris profeſſores ordinarios Piſanæ Academiæ benignè cooptaſti, nouaque in dies beneficentia auxiſti. Erat igitur æquum, vt tibi publicè gratias agerem, & meam erga te obſeruantiam omnibus deprædicarem, atque iſtud qualecunque grati animi teſtimonium exhiberem. Amplitudinis tuæ tanta eſt Maieſtas, quantam verbis exprimere nequeo. Tu non fœmina, ſed vero verbo Heroina es Caroli Lotharingiæ Ducis filia, Henrici II. Galliarum Regis neptis: Et quæ inter maiores tuos Carolum Imperatorem cognomento Magnum, Goffredumque Hieroſolymæ liberatorem, ac Regem ſummo annalium conſenſu numerare potes. Tu magni Ducis FERDINANDI vxor es: quæ omnia & ſingula, quàm excelſam atq; Auguſtam præ ſe ferant Celſitudinem, omnes facile intelligunt, nemo facile explicare valet. Operis deniq; argumentum eſt iuſtitia & æquitatis: quæ illuſtria ſunt ſidera in ampliſſimo præclariſſimarum virtutum choro qui te circumdat: quod ſi ars vlla fauore tuo digna eſt, hæc certe digniſſima videtur, quæ ad iuſtitiæ cultum pertinet. Præclarè Agapetus, qui poſtea Romanus Pontifex, Imperatorem Iuſtinianum allocutus, Regna, inquit, atq; Imperia fato dantur, & qui ea obtinent, plus ipſi Deo debent, quia plus acceperunt, cum honore ſuper cæteros homines præcellenti ab eo ſint ornati. Hoc autem modo gratiam Deo referent, ſi ad regni cœleſtis ſimilitudinem ſubiectos regant: Tradidit enim (inquiebat ille) tibi Deus humanæ poteſtatis ſceptra, vt homines iuſtitiæ cultum edoceas, vt & legibus obtemperent, & ſecundum ius regantur: ita Summus ille & Sanctiſſimus Pontifex.

Cum igitur hæc omnia tibi curæ ſint, quis non fateatur auream eſſe in Hetruria ætatem, quam philoſophi regunt, & in qua magni Principes philoſophantur? Sed vt ad tua in me beneficia reuertar, etſi facile intelligo, longe maiora eſſe, quàm vt ſtudijs ac obſequijs meis compenſari valeant, ſolatur tamen me, quòd ſocium habeo eiſdem obſtrictum beneficijs Mercurialem ſocerum meum, qui tanquam parens longe plura pro me, ac maiora ſemper præſtabit. Sic & munus hoc Celſitudini tuæ impar, ſubleuabit benignitas: tuarumq; virtutum pulchritudo ac magnitudo, quam Elucubratio hæc Scholaſtica vix adumbrare poteſt, ſanctis & perfectis cordibus nota erit, cum quibus tu illa ineffabili pulchritudine perfrueris, cuius viſio eſt ſumma fœlicitas. Piſis 1601.

CARMEN
IN NOBILIS, MAGNIFICI, ET
CLARISSIMI VIRI, D. ANDREÆ
FACHINEI I. V. D.

Et in celeberrima Academia Ingolſtadienſi Iuris Cæſarei Profeſſoris Ordinarij, librum Controuerſiarum Iuris.

AVCTORE GASPARO HELL I.V.D. ET IN EADEM Academia legum Profeſſore Ordinario.

ANcipites ſi quando leges, diſtortaq́; ſenſa
Paſſa MINERVA fuit, vel adhuc diſcrimine aperto
Fluctuat: aut quando terras ASTRAEA reuiſens
Diſcordi rapitur mente in contraria; ſurſum
Auctores multi vertunt, multiq́; deorſum
Dogmata quæ quondam ſunt veſtigata peritis
Contra extollentes præſentis temporis acta;
Sic opus hoc auro plenum gemmisq́; refertum
Forſan Mome putas, alienum ætate, nec eſſe
Alterius ſtudio corradere parta, laboris;
Hincq́; carere ſuo fructu, nec digna videri
Nocturnis quæ verſentur manibuſve diurnis,
Auctori decus hinc nullum nec cedere honorem.
Falleris Ægypti tenebris confuſus, & erras
Toto, Mome, polo, ratio diuerſa priorũ
Eſt eius: non illa Sophis induſtria quondam
Quæ noſtris, vbi tanta viget diſcordia Patrum:
Sufficiebat iis, legum ſi ſenſa tenerent,
Quarum penſabant facili dictamine cauſas;
Iure ſecus noſtro: rimari cuncta Sequaces
Scrutariq́; ſolent aditus, indagine quorum
Iuit in immenſum diuina ſcientia legum,
Atque inuenta Patrum dociles auxere nepotes,
Hinc legum primos veluti cognoſcere fontes,
Non ſatis eſt: Pollet grauium cenſura virorum,
Ardua dum dubio pendet ſub Iudice rixa:
Euoluiſſe igitur fas eſt monumenta priorum
Conſilioq́; acri falſis diſcernere verum.
Ventos ergo ſerit ſolertem ſiue laborem,
Vtraq́; ſiue fori variantia tempora ſpectes
Iudiciumq́; noua pereant quo Iudice lites.
FACHINEI amplectenda recens mirandaq́; Proles
Nobilis ingenij, obſcuras quæ lumine miro
Ambages legum, bifidi ſimul abdita Iuris
Irradiat dubios nodos, agitataq́; ſoluit
Acta foro ancipiti (quæ vera atque vnica Virtus
Conſulti) facili, plano & ſermone diſerto,
Materies vſuq́; frequens iactataq́; Roſtris
Hactenus innumeris, rutilat modo ſydere claro,
Et diſcuſſa patet Titane micantior ipſo.
Perge animi pars magna mei Collega, proculq́;
Nubila pelle, recens ſurgenteſq́; excute nubes:
Es potis, Ingenij dotes mihi prodidit vſus
Quo fruimur: tua me dudum facundia cœpit,
Attonitumque dedit grauis experientia rerum.
Ergo legalis ſi cui ſapientia cordi
Qui cupit elucere foro, qui lubrica fata
Cauſarum facili ſtudio vult eſſe diremta,
Hoſce legat verſetque libros, hos, ſomniet, alto
Pectore rimetur, limam grauitate ſeueram,
Iudiciumque viri ſecum mirando fruatur.

CARMEN ALIVD

AVTHORE PHILIPPO MENZELIO D.

ET IN ACADEMIA INGOLSTADIENSI Poſſeſſore Medico.

Romanis rerum dominis, quum ſceptra ſubacti
Orbis, & Imperium longe, lateq; tenerent
Terrarum, immenſiq; maris, ſapientia Legum
Biſſenas intra tabulas fuit omnis: & inde
Dicere ius populis: & ad hanc reuocare ſtateram
Pondera cauſarum, dextra librante, ſolebant.
At dum ſecla, malis creſcentibus, altera ſemper
Deteriora ineunt, ſcelerumq; licentia gliſcit,
Inq; dies varium graſſans caput altius effert:
Emerſere bona, prauis de moribus orta,
Iuridicæ leges, ſapienteq; pectore prompta
Tot reſponſa patrum, noua tot conſulta Senatus,
Tortilia in ſenſus dubios, & cerea flecti,
Ter centum quot non, ſpatioſa fronte patentes
Comprendant tabulæ: ac tantum luſtrare legendo,
Sit labor, ærumnas indefeſſi Herculis æquans.
Vſque adeo Iuris, tenui qui fonte cadebat,
Riuus in Oceanum, ſuperantem littora, creuit.
Ergo ſumma tuis debetur gratia Muſis,
Auſoniæ, FACHINAEE, decus, Boijq; Lycei.
MERCVRIALE gener ſocero digniſſime magno
Morborum domitore, & noſtri Hippocrate ſecli.
Namq; procelloſum, ventis pugnantibus, æquor
Legiferæ Themidos multumq; diuq; remenſus,
Dulciu aquæ puris ſalſo de gurgite venas
Elicis, inq; bonum totus commune laboras.
Scilicet illa dies, noctesq; terenda, nec vnquam
Aſſidua ſat trita manu, memoriq; cerebro,
Veſtra interpretibus ſtipata volumina mille
Codicibus, tenuem dudum rimatus ad vnguem,
Verſaſti: & ſucci, quod ineſt, veſcæq; medullæ
Expromptum in media ponis iam luce fruendum.
Quis rabulas neſcit, quibus ars, vberrima quæſtus,
Per fora, prætextu, & ficta ſub imagine legum,
Tutari fas, atq; nefas, in vtrumq; paratis,
Venali lingua, & calamo complere tribunal:
Et conteſtatas in ſecula ducere lites?
At te; inconcuſſi quo vis adamantia veri
Preſſa diu, & victrix tande bona cauſa triumphet;
Te decuit tantis FACHINAEE, occurrere monſtris,
Pandentem latebras, geminiq; ſacraria Iuris,
Omnibus ingenij numeris, atq; omnibus artis
Perfectum: & ſerie concinna, & luce docendi
Illuſtrem: & Latio decorantem dicta lepore.
O ſtudij felix, ô fortunate laborum,
Atq; operum: cuius, candentibus aurea bigis,
Non moritura, fores, dudum iam gloria pulſat,
Illa manu palmamq; ferens, Laurumq; perennem;

BALTHASARI ROERII
LOTHARINGI I. C.
ET SACRÆ THEOLOGIÆ BACCALAVREI.

Ad Auctorem Controuerſiarum Iuris.

IAMBICI TRIMETRI ET DIMETRI.

ARCANA plures Iuris auſi tradere
Docta manu nepotibus.
Legumq́; ſacra interpretari oracula
Tentare multi antiquitùs.
Ætate noſtra nobiles ſcientia
Viri fuere plurimi,
Qui digna cedro, digna magno nomine,
His ſunt locuti in artibus.
Magis ſecundis auſus eſt conatibus,
Sed nullus his te ſeculis.
Æquas ſupremos, vt præis minoribus,
Scientia par omnibus.
Polles lepore, verba fundis mellea:
Sermonis elegantia
Pulchrè venuſtus: rebus elegantior:
Vtroque laudatiſſimus.
Sed quis ſtupebit? cui nouum videbitur?
MERCVRIVS eſt tibi pater:
Magis diſertum quem ſolum audit Italum,
Ipſo DEORVM nuncio.
Quo ſol renaſcens non videt, vel occidens
Exultiorem in artibus
PHOEBI? Quis ergo poſſe te mirabitur
Auctore tanto maxima?
Nā pulchra doctè, docta promis pulchriùs:
Tuique cote roboris,
Subtile ſi quid, difficile, vel arduum,
Hoc efficis facillimum.
Nodoſa ſoluis, & facem obſcuris geris,
Nil te moratur abditum.
In alta ducis, quæ fuere voragini
Immerſa inextricabili
Quæcunq́; dubia erroribus demerſerat
Opinio, multiplici:
Interpretum ſenſu, tenebris vindicas,
Claroque donas lumine.
Contentioſus, luce controuerſia
Contentioſa liberas.
Obſcura, clara reddis, inuia peruia,
Iuri polo miſſum iubar.
Pergas, labore fac tuo ne poſteri
Optent, deeſt quod nomini.
Plenum ingeni des opus, quod ſecula
Tollant futura laudibus.
Iniurioſa nullo quod ſilentio
Obuoluat ætas: vel petat
Liuor maligno dente: pulchrum viuere
Æuo perenni gloria.
ASTRÆA meritam grata tanti muneris
Soluet miniſtro lauream.
Reddetq́; nomen poſt ſepulchra cognitū,
Honore caſus neſcio.
Gaudebit ITALA te ſuperba filio,
Gens maximo BOARIA
Doctore: quicquid clauditur laboribus
Telluris ambobus polis.
Ductore tanto Iura quod percurrerim
Apud meos ſuperbiam.
Frequens magiſtri nomen vſurpabitur
Tuum mihi: leporibus
Cum par ſcientijs vel eſſe non queam,
Potero fide eſſe mutua.

INDEX LIBRORVM ET CAPITVM, QVO MATERIA ET ORDO TOTIVS OPERIS VNA SERIE DEMONSTRANTVR.

LIBRI PRIMI.

VTRVM venatio prohiberi poſsit à Princip. eorum ſubditis, & de iuſtis cauſis, & pœnis, Cap. 1. pag. 1.

Quomodo ſit accipiendum quod dicitur, Principē legibus ſolutum eſſe, ad interpretationem leg. Princeps. ff. de legib. cap. 2. pag. 4

Quomodo accipiendum ſit quod dicitur, æquitatē præferendam eſſe rigori, ad interpretationem l. Placuit. C. de Iudicijs, cap. 3. 5

De petitione hereditatis contra titulo poſsidentem intentanda; controuerſia vna, c. 4. 6

De tertio ad iudicium veniente, controuerſia vna, cap. 5. 7

Vtrum compenſatio locum habeat, vbi quantitas ex vna parte debetur, ex altera vero quantitas debetur, quæ ſe habet ad inſtar ſpeciei, c. 6. 9

Vtrum debitor qui iurauit ſe ſoluturum, obijcere compenſationem poſsit, c. 7. 10

Ad interpretationem l. Tranſigere. C. de Tranſactionibus, controuerſiæ duæ, c. 8. 11

Ad interpretationem eiuſdem l. Tranſigere; aliæ tres controuerſiæ, cap. 9. 14

De conciliatione l. Cum mota. C. de Tranſactionibus cum l. Si inſtituta ff. de inofficioſo teſtamento: & an ex Tranſactione oriatur actio, cap. 10. pag. 16

Controuerſiæ duæ ad interpretationē l. Si quis maior. C. de Tranſactionib. c. 11. 18

Ad eiuſdem legis interpretationem, aliæ duæ controuerſiæ, c. 12. 20

De eadem re aliæ duæ controuerſiæ, cap. 13 21

Sitne aliqua pœna conſtituta periurio ex Iure Ciuili, cap. 14. 22

Vtrum in cauſis criminalibus iuramentum in ſupplementum probationis deferri poſsit à Iudice, cap. 15. 24

Vtrum ad hoc, vt iuramentum poſsit in ſupplementum deferri, neceſſe ſit idipſum à litigatoribus peti, cap. 16. 25

De tempore quo huiuſmodi iuſiurandum deferendum ſit, controuerſiæ duæ, cap. 17. ibid.

Cui deferendum ſit iuramentū ſuppletorium, Reo, an Actori? cap. 18. 27

De iuramento delegato à parte parti in iudicio, An recuſari poſsit, ſi illud deferens nil probauerit, cap. 19. 28

De eodem iuramento, vtrum ſi Reo offeratur ab Actore, qui conatus eſt ſuam intentionem aliter probare, & non probauit, ſit neceſſario ſubeundum, cap. 20. ibid.

Vtrum ſi locus relationi iuramenti non ſit, delationi tamen locus eſſe queat, c. 21. 29

Vtrum iuramentum recuſari poſsit, vbi periculum eſt ne periurium delegatur, c. 22. 30

Vtrum à ſententia iudicis iureiurando cauſam decidentis appellare liceat, cap. 23. ibid.

Vtrum procurator in cauſis criminalibus ad defendendum admittatur, cap. 24. 31

Vtrum abſens defendi per Procuratorem poſsit, in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt conſtituta, cap. 25. 33

Quid ſtatuendum ſit in criminibus, quibus pœna relegationis eſt conſtituta, c. 26. ibid.

Vtrum confeſſus ſe hominem occidiſſe ad ſui defenſionem pœna homicidij condemnandus ſit, cap. 27. 34

Quid ſi non conſtet de corpore delicti, vt vocant, an confeſſus condemnandus ſit, c. 28. 35

Vtrum ex præſumptionibus aliquis damnari poſsit in iudicijs criminalibus, c. 29. 36

Cum quis allegat ſe occidiſſe ad ſui defenſionē, quomodo id probare debeat. c. 30. 37

Vtrum pro defenſione rerum liceat inuaſorem occidere, cap. 31. ibid.

Qua ſit afficiendus pœna is, qui aggreſſorē occidit, non ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ, cap. 32. 38

Quid de reo ſtatuendū ſit, qui tormentis ſubiectus, negauit ſe maleficiū commiſiſſe, cap. 33. 39

Vtrum Iudex inquirere ex officio poſsit in delinquentes, & eos punire, cap. 34. 40

Ad in-

Ad interpretationem Authen. Bona damnatorum. C. de Bonis proſcriptorum & damnatorũ, Controuerſia vna, cap. 35. pag. 42

Mandans hominem vulnerari & proteſtans ne occidat, ſi mandatarius eum occiderit, vtrum pœna homicidij teneatur, cap. 36. 43

Qui hominem occidit, puta Titium, cum alium, puta Sempronium occidendi animum haberet, vtrum homicidij pœna teneatur, c. 37. 44

Reſtitutus à Principe an recuperet fructus medio tempore perceptos, cap. 38. 45

Vtrum reſtitutus recuperet hæreditatem alteri delatam, 39. 46

Quis ſit ſenſus l. Properandum. §. Sin autem ex geſtu. C. de Iudicijs, c. 40. 47

De victo Victori in expenſis condemnando, controuerſiæ aliquot, cap. 41. 48

Victus Victori in cauſis criminalibus ſitne condemnandus in expenſis, cap. 42. 49

Vtrum Iudex neceſſario de incidenti quæſtione pronunciare nominatim debeat, cap. 43. 51

Vtrum Iudex ſecularis de cauſa ſpirituali & Eccleſiaſtica, quo ad ea, quæ conſiſtunt in facto cognoſcere & iudicare queat, cap. 44. 52

Vtrum iudex delegatus alium ſubdelegare poßit, ſi eam habeat à delegante poteſtatem, c. 45. 53

An delegatus vnum ſaltem ipſius cauſæ articulum ſubdelegare poßit, cap. 46. 54

Vtrum delegatus Principis cauſas meri Imperij ſubdelegare poßit, c. 47. ibid.

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in l. vni. C. de ſententijs quæ pro eo, quod intereſt; nempe id, quod intereſt dupli quantitatem excedere non poſſe, cap. 48. 55

Vtrum etiam in delictis, quod intereſt, ad dupli cõdemnationem ſit reſtringendum, cap. 49. 56

Vtrum pœnæ conuentionales duplum excedere poſſint, cap. 50. 57

Vtrum aduerſus rem iudicatam reſtitutio detur propter inſtrumenta nouiter reperta, cum quis impeditus fuit & iuſta & probabili ignorantia, cap. 51. 58

Vtrum ſententia retractari poßit prætextu teſtamenti nouiter reperti, cap. 52. 59

Vtrum Eccleſia aduerſus rem iudicatam audienda ſit propter inſtrumenta de nouo reperta, 53. 60

Cum malæ fidei poſſeſſor ſumptus neceſſarios repetere poßit in rem factos, cur in ſpecie l. 1. C. de Infantib. expoſitis non liceat furi alimenta repetere, cap. 54. 61

De malæ fidei poſſeſſore, An & quomodo vtiles impenſas auferre poßit, ad interpretationem l. Ad eo. §. Ex diuerſo. ff. de Acquirendo rerum dominio, & l. Vtiles. ff. de petitione Hæreditatis, & l. 2. C. de Rei vendicatione, cap. 55. 62

Vtrum Hæres in bona fide exiſtens condemnandus ſit ad reſtitutionem fructuum, quando defunctus rem poſſedit mala fide, cap. 56. 64

Vtrum bonæ fidei poſſeſſor lucretur tam fructus naturales, quam induſtriales, cap. 57. ibid.

Vtrum bonæ fidei poſſeſſor conueniri poßit ad reſtitutionem fructuum conſumptorum ſiue eorum æſtimationem, ſi factus ſit ex eis locupletior, cap. 58. 67

Vtrum, ſi poſſeſſor ab initio ſit bonæ fidei, deinde incipiat eſſe malæ fidei fructus ſuos faciat, ad interpretationem l. Bonæ fidei. §. In contrarium. ff. de acquirendo rerum dominio. & l. Qui ſcit. §. vltim. ff. de Vſuris, cap. 59. 68

Vtrum fructus poſt litem conteſtatam à poſſeſſore percepti re euicta ſint reſtituendi, ſi inſtantia fuerit prioris iudicij lapſu temporis perempta, cap. 60. 69

Quomodo ſit accipiendum quod dicitur: Neminem eſſe cogendum ſtare pacto de litigando coram iudice non ſuo, ad interpretationem l. Si conuenerit. ff. de iuriſdictione omnium iudicum, & l. penul. C. de Pactis, cap. 61. 70

Vtrum ex ſententia iudicis dominium transferatur, cap. 62. 71

Vtrum leges quæ præſcriptionem inducunt cũ mala fide iure Canonico ſint correctæ, cap. 63. 72

Vtrum præſcriptione completa bona fide, ſi is, qui præſcripſit, cognouit rem eſſe alienam, teneatur in foro conſcientiæ eam reſtituere domino ſuo, cap. 64. 74

Vtrum is, qui dubitat an res ſua ſit, vel aliena, poſſit præſcribere, cap. 65. ibid.

Vtrum mala fides Authoris noceat bonæ fidei ſucceſſori, quo minus præſcribere poßit, ſeu vſucapere rem alienam, cap. 66. 75

Quomodo ſit accipiendum, quod vulgo receptum eſt, ac dici ſolet, poſt longißimum tempus malam fidem allegari non poſſe contra poſſeſſorem, an ſit verum, cap. 67. 76

Vtrum ſtatutum Ciuitatis, quo cauetur, vt niſi intra certum tempus creditor petat ſibi debita, excludatur, valeat & ſeruandum ſit, c. 68. 77

Vtrum

Vtrum aduerſus præſcriptionem competat maioribus viginti quinq; annis in integrum reſtitutio ex cauſſa iuſta & probabili ignorantia, cap. 69. 78

Vtrum præſcriptione, ſiue vſucapione acquiratur dominium directum, an vero vtile tantum, c. 70. 80

Vtrum Iudex teneatur minorem delinquentem leuiori pœna afficere, quam ſit à lege impoſita delicto, cap. 71. 82

Vtrum minor viginti quinq; annis reſtituendus ſit aduerſus confeßionem delicti, cap. 72. 83

Vtrum filiatio probetur ex ſolo tractatu, & educatione, vbi agitur de obtinenda hæreditate, aut ſimilibus iudicijs petitorijs, c. 73. 84

Vtrum appellare liceat à ſententia Iudicis, qua pronunciat ſententiam exequendam eſſe, c. 74. 85

Vtrum in caußis poſſeſſorijs appellare liceat, cap. 75 86

Vtrum à ſententia per quam hæres inſtitutus in teſtamento in poſſeßionem bonorum hæreditatis mittitur, appellatio ſit permiſſa, c. 76. 87

Vtrum in cauſa alimentorum appellatio ſit permiſſa, c. 77. ibid.

Vtrum à ſententia Iudicis ſubdelegati appellandum ſit ad ſubdelegantem, an vero ad ſubdelegantis ſuperiorem, id eſt ipſum delegantem primum, c. 78. 88

An poſt lapſum anni ſententia, à qua appellatum eſt, poßit executioni mandari, quaſi appellatio deſerta ſit, cap. 79. 89

Vtrum Iudex teneatur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria, c. 80. 90

Vtrum appellans probare debeat ſe iuſte appellaſſe, & perperam fuiſſe iudicatum, an vero appellatus, iuſte pronunciatum, & perperam appellatum, c. 81. 91

Vtrum ſit locatio, an vero alius contractus, cum pro mercede pecunia non datur, ſed aliud, c. 82. 92

Vtrum ſi quis vendiderit agrum cū pacto redimendi intra quinquennium, & ad illud tempus illum conduxerit, deinde finito tempore, in conductione manſerit, cenſeatur tempus redimendi prorogatum eſſe, c. 83. 93

Vtrum ſicut locatio finito tempore renouata dicitur ex vtriuſq; partis taciturnitate, iuxta l. item quæritur. §. qui impleto. ff locati. ita etiam Emphyteuſis renouata intelligatur, c. 84. 94

Vtrum conductor, gratia colligendorum fructuum ſumptus in rem conductam factos repetere à locatore poßit, quando ad perpetuam rei vtilitatē facti ſunt, cap. 85. ibid.

Si conductor ſuſcipiat in ſe periculum caſus fortuiti, & caſus inſolitus contingat, vtrum ad illum, an vero locatorem pertineat, c. 86. 95

An ſi domus conducta comburatur, locatoris damnum ſit, vel conductoris, c. 87. 96

Si quis locauerit rem, & conductori obligauerit omnia ſua bona, vt plerumq; fit in Italia, deinde rem vendiderit: Vtrum emptor poßit conductorem expellere, cap. 88. 97

Si particulare damnum contingat, ex quo tota rei emphyteuticæ ſubſtantia non pereat, vtrum ad emphyteutam pertineat, etiā quando non exiguam penſionē ſoluere tenetur domino, ſed magnam & fructibus reſpondentem, c. 89. 98

Si res emphyteutica ſit ab hoſtibus occupata, vtrum remittenda ſit penſio emphyt. c. 90. 99

An emphyteuta Eccleſiæ teneatur ſoluere collectas, & tributa fiſcalia domino temporali, c. 91. 100

Emphyteuſi finita abſque culpa emphyteutæ, vtrum meliorationes repeti poßint, c. 92. 101

Emphyteuta non ſoluens penſionem per triennium, an cadat ipſo iure ab omni iure quod habet, an vero ita demum, cum lata erit ſententia, c. 93. 102

Emphyteuta ceſſante in ſolutione & domino declarationem ſuæ voluntatis differente, fructus interim percepti ad quem pertineant: an ad dominum, an vero ad emphyteutam, c. 94. 103

Vtrum dominus authoritate propria expellere poßit emphyteutam propter canonem non ſolutum per triennium, c. 95. 106

Vtrum emphyteuta qui per triennium canonem totum non perſoluit, ſit iure ſuo priuandus, c. 96. 102

Vtrum ſi emphyteuta decedat pluribus hæredibus relictis, quorum vnus ſuam canonis portionem ſoluat, alter vero non, tota res emphyteutica reuertatur ad dominum, an vero pars tātū. 97. 109

Vtrum emphyteuta priuatam moram incontinenti poſt elapſum tempus, ad euitandam pœnam purgare poßit, cap. 98. 110

Si dominus canonem receperit ab emphyteuta, poſtquam iam erat priuandus iure ſuo, quia nō ſoluerat, vtrum videatur pœnam priuationis ſeu caducitatis remittere, c. 99. 111

Vtrum ſi res emphyteutica fuerit ad dominum reuerſa

verſa mortuo emphyteuta, & ipſius liberorum, teneatur dominus eam dare proximiori agnato, c.100. 113

LIBRI II.

Tres controuerſiæ circa certitudinem, ex qua conſiſtit emptionis & venditionis ſubſtantia, cap.1. 115

Vtrum duobus vendentibus cum pacto redimendi, liceat vni totum precium offerendo rem redimere, c.2. 117

Vtrum minor viginti quinq; annis emens rem cum pacto reuendendi abſq; decreto Iudicis, & alijs ſolennitatibus, eiuſmodi pacto obligetur, c.3. 119

Venditione facta cum pacto redimendi intra certum tempus, ſi ante lapſum temporis precij pars ſoluta fuerit, & poſt tempus elapſum redimere volens reſiduum ſoluere paratus ſit, vtrum ſit audiendus, c.4. 121

Controuerſia inter Socinum & Iaſonem de eo, qui vendere promiſit, precioq; accepto rem tradidit, nulla tamen venditione facta, an dominium rei in accipientem transtulerit, c.5. 123

Re vendita cum pacto redimendi, incremẽtum alluuionis an pertineat ad eum, qui redimit, an ad eum, qui rem vendit, c.6. ibid.

Vtrum qui promiſit facere pactum de reuendendo, immediate cogi poſsit ad reuendendum, c.7. 125

Is qui reuendere promiſit, an præciſe compelli poſsit ad reuendendum, c.8. 126

De mutatione monetæ controuerſiæ ſex, c. 9. 127

Explicantur aliæ quatuor cõtrouerſiæ de mutatione extrinſeca monetæ, nec non poſtrema de mutatione intrinſeca, c.10. 130

Ius redimendi quod competit ex pacto, an in alium transferri poſsit, c.11. 135

Vtrum reuenditionis pactum vſuræ præſumptionem inducat, ſi accedat pretij modicitas, c.12. 136

Vtrum pacto redimendi præſcribatur ſpacio longiſsimi temporis, quoties ita conceptum eſt, vt ſemper, & quandocunq; venditori liceat redimere, c.13. 139

Fructus rei venditæ cum pacto redimendi ad quem pertineant, vtrum ad venditorem redimentem, an vero ad emptorem vendentem, c.14. 141

Vtrum ex pacto reuendendi dominium rei venditæ ad venditorem reuertatur, vt propterea rem à quolibet tertio detentore vendicare poſsit, c.15. 142

Nunquid l. 2. C. de reſcindenda venditione locum habeat in emptore, vltra dimidiam iuſti precij læſo: & quomodo conſideranda ſit læſio ex parte eius, c.16. 144

Vtrum iuramentum præſtitum in contractu excludat à beneficio l. 2. C. de reſcindenda venditione, c.17. 145

An l. 2. C. de reſcindenda venditione contra ſingularem ſucceſſorem locum habeat, vt perempta, c.18. 148

De clauſula venditioni adiecta: Et ſi quid pluris res valet, donat, controu. aliquot, c.19. 149

Aliæ ſex controuerſiæ ad eandem l. 2. C. de reſcindenda venditione pertinentes, c.25. 155

Explicantur quatuor aliæ controuerſiæ pertinentes ad materiam l. 2. C. de reſcindenda venditione, c.21. 157

Quatuor aliæ controuerſiæ proponuntur in eadem materia, c.22. 160

Reſciſſa venditione ex remedio l. 2. C. de reſcind. vend. an ſoluatur hypotheca medio tempore cõtracta, c.23. 164

Vtrum venditione reſciſſa ex remedio, d. l. 2. res vẽditori reſtituenda ſit, ſimul cum fructib. ab emptore perceptis, c.24. 166

Vtrum venditio reſcindatur Medico ab infirmo facta, ſi læſio interuenerit, ſed non vltra dimidiam. Et nunquid in foro Eccleſiaſtico venditori læſo citra dimidiam, actio detur, c.25. 167

Vtrum tranſactio reſcindi poſsit ob læſionem vltra dimidiam, c.26. 168

De venditione facta ad corpus & ad menſuram controuerſiæ duæ, c.27. 170

De venditione facta datis arris, quid iuris ſi alter contrahentium promiſſa non exequatur, c.28. 173

Si per Procuratorem res vendita fuerit, an reſcindi contractus poſsit ob læſionem citra dimidiam: Et quid læſio citra dimidiam contingat in æſtimatione rei in dotem datæ, c.29. 174

An venditor præciſe teneatur rem tradere, cum tradendi facultatem habet, c.30. 175

Venditor, vtrum actione ex empto conueniri poſsit, vt realiter venditam rem emptori tradat quãdo emptoris nomine ſe illam conſtituit poſsidere. Et quid ſi precario nomine, c.31. 177

Tractantur tres controuerſiæ pertinentes ad interpretationem & materiam l. Curabit. C. de actionibus empti, c.32. ibid.

D. 1. Quoties. C. de Rei vendicatione, an locũ habeat in perſonis Eccleſiaſticis vendentibus, c. 33. 180
Venditio an probetur, ſi teſtes de certo precio non teſtificentur, c. 34. 181
Tres controuerſiæ circa litis denunciationem, quam venditori emptor facere tenetur, c. 35. ibid.
Aliæ duæ controuerſiæ tractantur de eadem euictionis materia, c. 36. 183
Vtrum emptori de euictione actio competat quando litis denunciationem omiſit, ſed tamen conſtat rem defendi non potuiſſe, c. 37. 184
Vtrum Eccleſia de euictione agere poßit lite venditori non denunciata. Et vtrum Clericus venditor, cui lis emptori mota denunciatur, trahere cauſam ad forum Eccleſiaſticum poßit: Et quid in fiſco, c. 38. 186
Vtrum emptor, qui in lite ſibi mota vicit aduerſarium, ſumptus factos cauſa litis agitata, à venditore repetat, aduerſario ab expenſis abſoluto, c. 39. 188
Emens ſcienter rem alienam, an ea re euicta agere poßit ad reſtitutionem precij. Quid ſi pacto conuentum ſit, vt agi non poßit de euictione. Et vtrum emptor re euicta per ſententiam teneatur à ſententia appellare, c. 40. 190
Vtrum ſtatuto Ciuitatis cauſas inter conſanguineos compromitti in arbitros, ſeu arbitratores mandante, poßit venditor ad emptoris defenſionem accedens, in lite mota cogere aduerſarium ad cõpromittendum, c. 41. 192
Vtrum volens ex pacto rem redimere, precium offerre tantum debeat, an vero etiam deponere, c. 42 193
Quodnam ſit precium iuſtũ annui cenſus, c. 43. 194
Vtrum annuus cẽſus conſtitui neceſſario, debeat ſuper certis rebus frugiferis, c. 44. 195
Quis contractus eſſe dicatur, cum pro re datur res, & ſimul etiam pecunia, & an dicatur eſſe permutatio, cum res, ſiue ſpecies certa datur pro incerta, vel incerta pro certa, c. 45. 197
Quomodo probetur minorem, vel pupillum locupletiorem factum ex contractu, vel etiam maiorẽ, c. 46. 199
Vtrum is, cui plures res ſunt obligatæ à diuerſis poſſeſſæ contra vnum ex poſſeſſoribus agere poßit in ſolidum, an vero conuenire omnes debeat, pro rata, c. 47. 201
Proponuntur duæ controuerſiæ circa Pontificis reſponſum in c. Nauiganti, de vſuris, c. 48. ibid.
Quid ſit, mutuum conſiſtere in his rebus, quæ in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem magis, quam per ſpeciem, vt in l. 2. ff. Si cert. pet. c. 49. 203
Vtrum ei qui mutuo aureos nummos accepit, liceat reddere creditori inuito eorum æſtimationem & precium in alia materia, puta in argenteis nummis, c. 50. 205
Quatuor controuerſiæ tractantur circa mutuum, c. 51. 206
Mutuatus pecuniam, an ſtatim vt eam reſtituat, compelli poßit, c. 52. 208
Proponitur alia controuerſia de eo, qui dixit alicui: Accipe hanc pecuniam, quiſnam contractus videatur, c. 53. 209
Contractus ſitne vſurarius cũ quis ruſtico mutuat ea lege, vt agrum eius colat, iuſta tamen mercede, c. 54. 210
Tractantur duæ aliæ cõtrouerſiæ de vſuris, c. 55. 211
Conſtituens Procuratorem ad accipiendam mutuo pecuniam, vtrũ chirographo obligetur, quo Procurator profitetur ſe eam accepiſſe, ſi de numeratione aliter non conſtet, c. 56. ibid.
Explicantur tres aliæ controuerſiæ de eadem re, c. 57 213
Mutuatus argentum non ſignatum, an creditori inuito pecuniam reddere poßit, c. 58. 215
De conciliatione l. Naturalis. §. 1. ff. de præſcr. verb. & l. vlt. ff. de condic. cauſa data, c. 59. 216
Explicantur duæ aliæ controuerſiæ de eadem re, c. 61. 218
Vtrum Senatuſconſulto Macedoniano renunciari poßit, c. 62. 219
Prodigus an poßit aliquem contractum facere antequam ſit ei à Magiſtratu interdicta rerum adminiſtratio, c. 63. 221
Tractantur aliæ duæ controuerſiæ in materia prodigi, c. 64. 223
Tractantur aliæ duæ controuerſiæ de eadem materia prodigi, c 65. 224
Aliæ duæ controuerſiæ de eadem re, c. 66. 225
Duæ aliæ controuerſiæ de eadẽ materia, c. 66. 226
Duæ aliæ controu. de eadem materia, c. 68. 227
Expediuntur duæ controuerſiæ circa contractum Mutui, c. 69. ibid.
Alia de mutuo controuerſia ad interpretationem l. Si quis nec cauſam. ff. Si certum petatur, c. 70. 228
Tractantur duæ controuerſiæ, ad interpretationem

l. Quod te.ff.ſi cert.petat.c.71. 230
In caſibus, in quibus mora incurritur abſque interpellatione, vtrum rei interitu liberetur debitor, cap.72. 232
Duæ controuerſiæ ad interpretationem l. Singularia.ff.Si certum petatur, & eius materiam,cap.73. 233
Ad interpretationem l. Vinum. ff. Si certum petatur,controuerſia vna,c.74. 235
Ad l. Ciuitas.ff.eo.tit.controu.vna,c.75. 236
Vtrum probetur pecuniam conuerſam fuiſſe in vtilitatem Ciuitatis, vel Eccleſiæ,ex eo quod probatur Ciuitatem,vel Eccleſiam tempore mutui indiguiſſe ea pecunia,76. ibid.
Tractantur duæ controuerſiæ de mutua pecunia Eccleſiæ data ad interpretationem cap. penult. de fideiuſſor.& c.1.de ſolutio,77. 237
Controuerſiæ duæ ad interpretationem l. Principalibus,& l. ſeq.ff.Si certum petatur,78. 239
Aliæ duæ controuerſiæ ad eaſdem leges,79. 240
Vtrum Rectoribus prouinciarum aliquid donari poſsit remunerationis cauſa,ad interpretationẽ l.vltim. C.ad l. Iul.Repetund.80. 241
De exceptione non numeratæ pecuniæ controuerſiæ octo,quarum prima hoc capite tractatur. Vtrũ poſt lapſum biennij competat, iure ciuili inſpecto,81. ibid.
Vtrum iure Canonico inſpectu poſt biennij lapſum opponi poſsit exceptio non numeratæ pecuniæ,82. 243.
Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat,vbi quis ante chirographũ confeſsionis,eam ſe accepiſſe profitetur,83. ibid.
Si lege municipali cautum ſit, certas duntaxat exceptiones contra inſtrumentum opponi poſſe, vtrum exceptio nõ numeratæ pecuniæ opponi poſſit,84. 244
Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei,qui teſtibus præſentibus ſe confeſſus eſt accepiſſe pecuniam,quo per chirographũ ſe obliganti & confitenti concedi ſolet,85. 245
Vtrum inter mercatores locus ſit exceptioni non numeratæ pecuniæ, & vtrum ſi iuramentum obligationi acceſſerit, neceſſaria ſit abſolutio, vt ea exceptio opponi poſsit,86. ibid.
Ex chirographo confeſsionis,quænam oriatur obligatio,& quando,& vtrũ ciuitati perpetuo competat exceptio non numeratæ pecuniæ87. 246
Vtrum,ſi debitori dilationem ad ſoluendum datam creditor prorogauerit, ignorante fideiuſſore, liberetur fideiuſſor,88. 274
Vtrum minor læſus in precio rei venditæ, reſtituendus ſit in integrum aduerſus venditorem,an vero res vendita retineri poſsit ab emptore, ſi iuſtũ precium ei ſupplere velit,89. 248
Controuerſiæ aliquot de certi condictione, ad interpretationem l. Certi condictio. ff. Si certum pet. c.90. 249
Vtrum difficultas excuſet à mora debitorem, c.91. 251
Vtrum depoſitum, quod Doctores noſtri vocant cõfeſsionatum, eodem Iure cenſeri debeat, quo verum,& reale depoſitum,c.92. 252
Vtrum habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius,cenſeatur etiam illud habere ad precium accipiendum rei venditæ,vel locatæ,93. 253
De ſocietate in quam alter pecuniam confert, alter operam & induſtriam: Vtrum pecunia videatur eſſe communicata, atque adeo finita ſocietate diuidenda ſit,c.94. 254
Cum in ſocietate alter pecuniam, alter operam ac induſtriã confert,Vtrum ſi pecunia fuerit amiſſa,periculum ſit commune,c.95. 255
De metu reuerentiali controuerſia,c.96. 256
De contractu in ſcriptis celebrato,ad interpretationem l.Contractus.C.de fide inſtrum.97. 258
Pactum in continenti adiectum contractibus bonæ fidei,vtrum actionem pariat,98. ibid.
Vtrum pactum in continenti adiectum contractui ſtricti Iuris,actionem pariat,99. 260
Vtrum ſecundum Ius Canonicum pactum nudum actionem producat, & quid in pacto iurato,c.100. ibid.
Controuerſiæ tres ad explicationem l.Pactum quod dotali.C.de pact.101. 262

LIBRI III.

AD interpretationem l. Si curatorem habens. C.de integrum reſtitut, controuerſia vna cap.1. 264
Vtrum minor authore tutore alienare poſsit abſque decreto iudicis poſſeſsionem rei immobilis, c.2. 265
Vtrum minor abſque decreto & alijs ſolennib. rem immobilem alienare poſsit, ſi ea alienatio ſit vtilis,3, ibid.

l.cum

Vtrum minori in integrum reſtitutio concedenda ſit ob læſionem non enormem, ſed non minimam tamen, cap. 4. 266
Minor viginti quinq; annis Iuriſperitus, ſi ex contractu læſus fuerit, vtrum in integrum reſtitui poßit, cap. 5. 267
Iuramentum an repetitum cenſeatur prorogatione temporis debitori facta ad ſoluendum, c. 6. 268
Iuramentum an cenſeatur repetitum prorogatione compromißi facta, cap. 7. 269
Vtrum iuramentum requirat neceſſario verba, c. 8. ibid.
Conciliatio l. Puberes. 101. ff. de verb. oblig. cum l. Si curatorem habens. C. de in integrum reſtitut. minorum, cap. 9. 270
Vtrum conſtitutio Friderici Imperatoris, quæ eſt in Authentica Sacramenta puberum. C. Si aduerſus venditorem, locum habeat in impubere doli capace, cap. 10. 271
Vtrum contractus iuramento confirmetur, cum alioqui eſt inualidus, an vero ipſum duntaxat iuramentum ſeruandum ſit, c. 11. 272
Vtrum ex iuramento promiſſorio oriatur actio, cap. 12. ibid.
De poteſtate Principis ſecularis relaxãdi ſeu remittendi iuramentum ac de eo ſtatuendi, c. 13. 274
Poßitne minor grauiter læſus in integrum reſtitui aduerſus contractum iuramento firmatum ca. 14. 275
Vtrum fideiuſſor beneficium habeat excußionis, vbi iureiurando ſe obligauit, cap. 15 276
Vtrum emphyteuta qui canonem emphyteuticum ſe ſoluturum iureiurando promiſit cadat iure ſuo, ſi vno duntaxat anno ceſſauerit in ſolutione, cap. 16. 277
An iuramentum efficiat, vt obligatus ad factum præciſe compelli poßit, c. 17. 278
Vtrum fideiuſſores dotium iureiurando obligentur, cap. 18. 279
An ſtipulatio alteri facta iure canonico ſit efficax, & quid ſi iuramento vallata ſit, cap. 19. ibid.
Qui promiſit alienum factum ſub pœna, vtrum excuſetur, ſi fecit quicquid potuit, & is, qui facere poterat, facere noluit, cap. 20. 280
Trãſactio de alimẽtis futuris an valeat abſq; decreto iudicis, ſi fuerit in iuramẽto firmata, c. 21. 282
Vtrum conſtitutio c. Quamuis, de pact. lib. 6. locum habeat in filia renunciante, & monaſterium ingrediente, c. 22. ibid.
Vtrum matris renunciatio iuxta formam c. Quamuis, noceat filijs præmoriente matre, quo minus ſuccedant in hæreditate aui, cap. 23. 283
Vtrum conſtitutio d. c. Quamuis, de pact. l. 6. locum habeat eo caſu, quo filia renunciauit hæreditati patris nulla dote accepta, c. 24. 284
Vtrum filia ſucceßioni paternæ renuncians iuxta d. c. Quamuis, excludatur à legitima, c. 25. ibid.
Sequuntur matrimoniales controuerſiæ, quarum prima eſt de ætate contrahendi ſponſalia, an debeat eſſe annorum ſeptem, c. 26. 285
Secunda controuerſia. Cum matrimonium præſumatur ex carnali copula, vbi ſponſalia præceſſerunt, vtrum probatio in contrarium admittatur per confeßionem partis, c. 27. ibid
Vtrum ſponſalibus præcedentibus, & ſecuta copula carnali per metum mortis illatum, præſumendum ſit matrimonium, c. 28. 286
Vtrum matrimonium præſumatur ex copula ſecuta cum ſponſa incerta, puta, ſi vnam ex tribus puellis quis promiſerit ſe accepturum in coniugẽ, & alteram carnaliter cognouerit, c. 29. 287
Vtrum ſi poſt contracta ſponſalia non ſequatur copula carnalis, ſed nixus ad copulam, matrimonium præſumatur, c. 30. 288
Vtrum ex deductione in domum ſponſi matrimonium præſumatur, vbi ſponſalia præceſſerunt, c. 31. ibi.
Vtrum ſi ſponſalia præceſſerunt per verba de præſenti inter impuberes, & adueniente pubertate, ſequantur actus coniugales, veluti Oſcula, Amplexus & ſimilia, nõ tamẽ copula, matrimoniũ inducatur, controuerſia ſeptima, c. 32. 289
Vtrum ſponſalia diſſoluantur propter ſponſi abſentiam, ita tamen vt iuris ciuilis diſtinct. ſit adhibenda, c. 33. 290
Si pubes ſponſalia contraxit cum impubere, per verba de præſenti, an aliam ducere vxorem poßit, poſteaquam ſciuit impuberem iam factum puberem matrimonio conſenſiſſe, c. 34. 291
Vtrum ex cohabitatione viri & mulieris matrimonium præſumatur, ad hunc effectum, vt filij pro legitimis habeantur: vbi diſcutitur, an filius in dubio præſumatur legitimus nec ne, c. 35. 292
Si matrimonium contrahitur inter eos, inter quos canonicum ſubeſt impedimentum, ſub conditione, ſi ſummus Pontifex diſpenſauerit, an diſpenſatione ſecuta, ſtatim verum ſit matrimonium abſq; nouo conſenſu, c. 36. 293

Vtrum matrimonium ea lege contrahi poſſit, vt non intercedat copula carnalis,c.37. 295

Quid ſi non ambo contrahentes matrimonium in eam conditionem conſenſerint, quæ contra ſubſtantiam matrimonij eſt,ſed alter tantum, deinde copula carnalis intercedat, an matrimonium præſumatur,c.38. 296

Vtrum matrimonium ſub conditione contractum, quæ omnino extitura ſit, valeat, perindè ac ſi purè contractum eſſet,c.39. ibid.

Vtrum valeat matrimoniũ, vbi quis metu coactus fuit illud cõtrahere,cũ vna ex pluribus fœminis, puta cũ vna ex filiabus Sempronij,c.40. 297

Sitne matrimonium contractum illis verbis. Habebo te in vxorem, vel, Iuro ac promitto me in legitimam vxorem te habiturum, c.41. 298

Sed quid ſi dixerit: Non habebo aliam vxorem niſi te,ſitne contractum matrimonium, vel ſponſalia,c.42. ibid.

*Filius an in dubio præſumendus ſit naturalis, hoc eſt,natus ex concubina, an verò ſpurius, hoc eſt natus ex coitu damnato & punibili, c.43.*299

Vtrum filius exhæredari à parente poſſit,ſi vxorem ducat abſque eius conſenſu,c.44. 300

Vtrum pater dotem dare teneatur filiæ nubenti ſine ſuo conſenſu,cap.45. 301

De confiſcatione bonorum raptoris,vtrum mulieri raptæ ſint applicanda,ſi matrimonium cum eo contraxerit,c.46. 302

Vtrum fructus rerum mobilium dotis ſoluto matrimonio ſtatim ad mulierem pertineant, an verò intra annum ad hæredes mariti, c.47. 303

Vtrum maritus expellere vxorem poſſit, ſi non ſoluatur dos promiſſa, cap.48. 304

Vtrum pater duodecim liberorum immunis exiſtat ab oneribus patrimonialibus,cap.49. ibid.

De legitimatione filiorum per ſubſequens matrimoniũ controuerſia. Sitne neceſſe, vt matrimoniũ inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis,an verò ſufficiat ſi natiuitatis tempore contrahi potuerit,cap.50. 305

Vtrum legitimentur filij per matrimoniũ ſubſequẽs etiam abſq; dotalibus inſtrumentis,c.51. 307

Vtrum filij per ſubſequens matrimonium legitimẽtur, ſi pater eorum clericus fuerit, in minoribus ordinibus conſtitutus,eccleſiaſtica beneficia habens,cap.52. 308

Quid ſi matrimonium honeſtè contrahi non poterat inter virum & mulierem, quia videlicet erat illa magna minus digna,& nobilis: vtrum illi per ſubſequens matrimonium legitimi efficiantur, cap.53. ibid.

Vtrum requiratur conſenſus ipſorum filiorum, vt per matrimonium ſubſequens legitimi efficiantur,cap.54. ibid

Vtrum filij per matrimonium ſequens legitimentur ſi nati ſint ex eis, inter quos matrimonium contrahi non poterat,puta ex ſoluta & coniugato, altero tamen ignorante, & in bona fide exiſtente, cap.55. 309

Vtrum filio mortuo ante ſecutum matrimonium, nepotes ex eo legitimentur per matrimonium poſtea contractum,c.56. 310

Filius ex coitu nefario & damnato èditus,ſi reſcripto Principis legitimetur,an abſolute ac per omnia legitimus efficiatur, & ſic vtrum ſit diſpenſatio quædam,an autem vera legitimatio,c.57 311

Vtrum Princeps legitimare poſſit alterius ſubditum ita vt ſuccedat etiam in ijs bonis quæ ſunt in alterius territorio,ſi legitimati pater conſentiat, & alij quorum intereſt,c.58. 312

Vtrum filius clerici legitimari poſſit à Principe laico,vt in bonis patris ſuccedat,cap.59. ibid.

De legitimatione filij nati ex adulterino coitu controuerſia vna,c.60. 313

Vtrum valeat filij ſpurij legitimatio ſi ipſa qualitas, ſeu ſpecies ſpurietatis nominatim Principi expoſita non ſit,c.61 314

Quis ſit ſenſus Regulæ Cancellariæ 48. Legitimationem fieri debere ſine præiudicio venientium ab inteſtato,c.62. ibid.

Vtrum mater,quæ ad ſecunda vota tranſiuit, legitimæ ſupplementum petere poſſit in bonis filij ex primo matrimonio ſuſcepti, qui minus ex legitima portione ei reliquit,cap.63. 315

Vtrum ſicut mater ſecundo nubens, quæ ex ſucceſſione filiorum primi matrimonij reſeruare tenetur filijs primi matrimonij, ita etiam & pater, ad interpretationem l. Fœminæ. C. de ſecund. nup.c.64. 316

Vtrum quod eſt conſtitutum in l. Fœminæ. C. de ſecund.nup. locum habeat in muliere ſecundo nubente cum conſenſu filiorum,vel mariti prioris, vel ex Principis permiſſu, & quid in minore viginti quinq; annis,c.65. 317

Ad interpretationem l. Hac edictali C. de ſecund. nupt. Vtrum mulier ſecundo viro ſuo,vel ..a vi-

ſum in ea lege expreſſum donare poſſit, non ſuo, ſed filiorum nomine ſtipulanti & accipienti, cap. 66. 318

Si minus legitima portione liberis aut liberorũ vni prioris matrimonij fuerit relictum, vel collatum à matre ſecundo nubente, quo caſu ſupplementum petere poteſt, vtrum vitrico tantum relinqui poſſit, etiam habita ratione dicti ſupplementi, c. 67. 320

Vtrum l. Hac edictali C. de ſecund. nup. locum habeat, ſi minus ſit relictum filiæ fœminæ excluſæ per ſtatutum à ſucceſſione parentum, ca. 68. 321

Si plus donetur vitrico vel nouercæ à parente, qui ad ſecundas tranſit nuptias, quàm filijs primi matrimonij, ſitne illud inter ipſos ſolos diuidendum, an vero etiam vitrico & nouercæ pars debeatur, c. 69. 322

Vtrum id quod filij prioris matrimonij auocant à nouerca, vel vitrico, imputare debeant in legitimam debitam ex bonis parentis, c. 70. ibid.

Dos à patre profectæ, vtrum ad patrem reuerti debeat mortua in matrimonio filia liberis ſuperſtitibus, c. 71. 323

Donatio inter patrem & filium, & inter virum & vxorem excedens quingentorum aureorum ſummam, ſi non fuerit inſinuata, vtrum donatoris morte confirmetur, ſaltem vſque ad ſummam quingentorum aureorum, cap. 72 326

Donatio inter patrem & filium, & inter virum & vxorem, vtrum ita donatoris morte confirmetur, vt rei donatæ dominium & fructus ad donatarium pertineant ex eo die, quo facta eſt donatio, c. 73. 327

Donatio remuneratoria inter patrem & filium an valeat, c. 74. 328

Quid ſi pater dicat ſe filio donare, tum ob eius bene merita, tum ob paternum amorem, an valeat donatio, c. 75. 329

Si pater filio ob bene merita donauerit, quæ tamen probari non poſſint; vtrum conſiſtat nihilominus donatio tanquam ſimplex, quæ ſcilicet morte patris confirmetur, c. 76. ibid.

An donatio patris iuramento firmata valeat, c. 77. 330

An valeat donatio ſi vnus ex filijs alteri filio donet patre conſentiente, bona ipſius patris, c. 78. ibid.

Si pater filio in poteſtate exiſtẽti donet bona pro ſua legitima, an ſtatim valeat donatio: an vero ſit expectanda mors patris, vt ex ea donatio cõfirmetur

Et quid ſi ſtudiorũ gratia filio donauerit, 79. 331

Vtrum donatio inter virum & vxorem remuneratoria, vt vocant, iure conſiſtat, c. 80 332

Vtrum donatio inter coniuges iureiurando confirmetur, c. 81. 333

Vtrum donatio reciproca, vel remuneratoria, vel ob cauſam, excedens ſummam quingentorum aureorum, inſinuationem requirat, c. 28. 334

Vtrum donatio ſummam excedens quingentorum aureorum iuramento firmata, requirat inſinuationem, c. 83. 335

An renunciari poſſit l. Si vnquam. C. de reuocan. donatio, c. 84. 336

Vtrũ d. l. Si vnquã. C. de reuo. don. locũ habeat extra illã ſpeciẽ patroni liberto donantis, c. 85. ibi.

Vtrũ l. ſi vnquã C. de reuocandis donationibus, locũ habeat in donatione Eccleſiæ facta, c. 86. 337

An d. l. Si vnquam, locum habeat, vbi donator tempore donationis liberos habebat, ſi deinde alios ſuſcepit, c. 87. 338

Vtrum d. l. Si vnquam locum habeat in donatione rei particularis, vel partis alicuius bonorum modici momenti, c. 88. ibid.

Vtrum d. l. Si vnquam, locum habeat in donatione remuneratoria, c. 89. 339

Vtrum d. l. Si vnquã, locũ habeat, ſi nati ſint liberi, & ante patrem donatorem mortui, c. 90. 340

Ad materiam & interpretationem l. vlt. C. de Nouation. vtrũ in caſibus, in quibus olim fiebat ipſo iure nouatio, nunc ope exceptionis fiat, c. 91. ibi.

Vtrũ ex coniecturis nouatio inducatur, ca. 92. 341

Vtrum principalis ſtipulatio nouetur & ſubſequente ſtipulatione pœnali, c. 93. 342

Vtrum is, qui ceſſit creditori ſuo actiones aduerſus debitorem, poſſit ipſum debitorem ceſſum liberare, ſi debitor ipſe non ignoret ceſſionem factam non tamen aliquod ex tribus interueniens, de quibus in l. 3. C. de Noua. c. 94. ibi.

Vtrum iuramentum conſtituat debitorem in mora abſque interpellatione, c. 95. 343

Si ex lege municipali inſtrumenta contra debitores executionẽ habeant, quid aduerſus eum debitorẽ ſtatuendum; qui factũ promiſit, nec præſtat, ſitne locus executioni, pro eo, quod intereſt, c. 96. ibid

Vtrum Emphyteuta donare poſſit ius ſuum emphyteuticum ſine conſenſu domini, c. 97. ibi.

Vtrum bona Emphyteutica veniant in generali bonorum obligatione, c. 98. 344

Vtrum mulier in dote præferatur omnibus creditoribus.

ribus expreſſam ac interiorem hypothecam habentibus,c.99. ibi.
Vtrum creditoribus, quibus bona ſunt obligata, competat ius offerendi dotem in pecunia mulieri, hypotheca nomine res detinenti, eo caſu, quo matrimonium diſſolutum non eſt, ſed tamen vir ad inopiam vergit,c.100. 346
Poßitne vidua vſuras dotis petere ab heredibus viri ſui defuncti, moram committentibus in reſtituenda dote?c.101. 347
An poßit vidua petere vſuras, ſiue intereſſe donationis propter nuptias?c.102. 348
An vſura dotis, longo tempore non exacta præſumantur remiſſa?103. 349

LIBRI IV.

DE Teſtamento inter liberos: ſi confectum nullis teſtibus præſentibus, an ſit ſeruandum Cap.1. 350
Ad interpretationem Nouellæ de Teſtamentis imperfectis,& l.hac conſultißima,§. Ex imperfecto C.de Teſtamentis.an locum habeant in Teſtamento nuncupatiuo, & an locum habeant, quando pater non æquis portionibus liberos hæredes inſtituit,c.2. 351
Vtrum, quod dictum eſt hactenus de Teſtamento imperfecto parentum inter liberos, habeat locum, cùm liberi ſunt naturales tantum. Et quid ſi reſcripto Principis ſint legitimati. Et an locum habeat in teſtamento ad pias cauſas,c.3. 353
Vtrum teſtamentum inter liberos imperfectum ſeruari debeat, vbi non ſolum ſolennia deſunt, ſed voluntas quoq; imperfecta eſt, Et an liberi ſuccedant ab inteſtato: an vero ex teſtamento tali imperfecto,cap.4. 315
Vtrum Teſtantis voluntas ex teſtamento imperfecto, & non ſolenni obſeruanda ſit ab hæredibus in foro conſciētiæ & animæ, vt loquūtur,c.5. 356
Quomodo accipiendum ſit, quod leges dicunt: poſteriore Teſtamento imperfecto, prius Teſtamentū perfectum tolli, quando in ſecundo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, cōtrouerſiæ duæ,c.6. 359
Aliæ duæ controuerſiæ de eadem re,c.7. 361
Vtrum Theodoſij conſtitutio, de qua in dicta lege, Hac conſultißima, §. Si quis autem teſtamento C.de Teſtamentis. locum habeat, ſi quis teſtamento facto extraneos hæredes inſtituerit. deinde quinq; teſtibus adhibitis ſe inteſtatum decedere velle, & teſtamentum ſuum reuocare declarauerit: Et an primum teſtamentum reuocetur, per ſecundum, ſi teſtator iurauerit ſe illud non reuocaturum,cap.8. 363
Vtrum teſtamentum ex cauſa exhæredationis filiorum ſit nullum c.9. 365
Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in Auth. præterea C.de liberis præteritis, ſi teſtamentum irritum ſit ex cauſa præteritionis, & exhæredationis, cætera tamen firma manere,c.10. 367
Cum teſtamentum eſt nullum ex cauſa præteritionis filij, vel inofficioſum ex cauſa exhæredationis vtrum filius, qui ab inteſtato vendicat hæreditatem, eam reſtituere teneatur hæredibus in teſtamento ſcriptis virtute clauſulæ codicillaris in teſtamento adiecta.c.11. 368
Vtrum clauſula codicillaris teſtamento adiecta operetur, vt poſthumus ignoranter præteritus, qui teſtamentum rumpit, teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem ex fideicommiſſo, cap.12. 369
An ſit idem reſpondendum circa poſthumum ignoranter præteritum, cùm teſtator ſuperuixit, & teſtamentum non mutauit,cap.13. 371
Vtrum legata conſeruentur teſtamento ex poſthumi præteritione ignoranter facta reſciſſo,c.14. 372
Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in l. Quoties. C.de hæredib.inſtit. hæredem inſtitutum in re certa loco legatarij habendum: & quid ſi nullus alius inſtitutus fuerit heres, ſed ipſe in re certa inſtitutus prohibeatur plus habere, cap.15. 373.
Cum quis vxorem ſuam in vſufructu hæredem inſtituit, alio poſt eius mortem hærede inſtituto, quæ ſit interpretatio adhibenda,cap.16. 376
Quid ſtatuendum, cùm in ſolo vſufructu hæres eſt inſtituta vxor, & nullus alius etiam poſt eius mortem hæres inſtitutus eſt,ca.17 377
Quid ſi vxori legatus fuerit omnium bonorum vſusfructus alio poſt eius mortem hærede inſtituto, an valeat eiuſmodi legatum,cap.18. 378
Vſufructuarius omnium bonorum ex teſtamento relictus, an teneatur æs alienum Teſtatoris defuncti ſoluere,cap.19. ibid
Inſtitutus in re certa, an comprehendatur in conceßione emphyteuſis facta pro hæredibus, cap. 20. 379
De hærede in re certa inſtituto, an ſit in poſſeßionem mitten-

mittendus ex l.vltima C.de Edicto Diui Adriani tollend.c.21. 380
Vtrum filia hæres ex teſtamento, vel ab inteſtato mittenda ſit in poſſeſſionem bonorum feudalium contradicentibus [illegible] atis, tanquam vocatis ex inueſtituris feudalibus,c.22. 381
Ex quibus rebus legitima filiorum detrahenda ſit, cap.23. 382
Vtrum patris teſtamentum inter liberos valeat, ſi vni ex filijs legitimam abſq; titulo inſtitutionis relinquat,c.24. 383
Quid ſi parens in teſtamento dicat ſe filio ſuo pro ſua legitima relinquere,c.25. 384
Vtrum legitima filiorum augeatur auctis patrisfamilias facultatibus poſt eius mortẽ,c.26. 385
Si filio legitima a patre viuẽte fuerit aſſignata, vtrũ auctis facultatibus patris mortis eius tẽpore, poſſit filius eã petere ſecundum bonorũ quantitatẽ, quæ tempore mortis reperietur,c.27. 386
De legitima parentum & fratrum, an ſit triens, vel quadrans,c.28. 388
Quanta ſit legitima matris, ſi filius teſtamento condito hæredes inſtituat duos fratres vtrinque coniunctos, & matrem in legitima inſtituat, cap.29. ibid.
Vtrũ legitima ſit aſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda, vt teſtamentum valeat,c.3[illegible]. 389
Vtrum filij qui parentibus non ſuccedunt, in numero cenſendi ſint filiorum, ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum qui ſuccedunt.c.31. 390
Vtrum legitima filiorum ſtatuto tolli poſſit, cap.32. 393
Vtrum pater aſſignare filio legitimam poſſit in pecunia numerata,cap.33. 394
Vtrum legitimam filius amittat propter inuentarium non confectum,cap.34. 396
De inuentario hæredis controuerſiæ aliquæ, & prima circa tẽpus illud cõficiendi, an incipiat ex die adita, an vero delatæ hæreditatis,c.35. 396
Alia controuerſia circa locum, in quo inuentarium confici debet ab hærede,c.36. 398
De hærede, qui non omnes res in inuentario ſcripſit, an amittat inuentarij beneficium,c.37. ibid.
Trebellianica nunquid hæres priuetur ob inuentarium non confectum.c.38. 401
Hæres inuentarium conficiens, an poſſit creditorib. & legatarijs in ſolutum offerre res hæreditarias ad interpretationem l.vlt. §. Et ſi præfatã verſ. Sed et ſi legatarij C.de iure deliber.c.39. 404
Vtrum pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, locum habent matre exiſtente in medio,c.40. 405
Pupillaris ſubſtitutio tacita, an excludat matrem, quãdo ſubſtitutus eſt filius teſtatoris,c.41. 406
Pupillaris ſubſtitutio expreſſa, an matrem à legitima excludat,c.42. 407
Ad interpretationem l.Precibus C.de impub. & alijs ſubſtitut.l.Centurio ff. de vulg. & pupill. controuerſia vna,c.43. 409
De compendioſa ſubſtitutione impuberi filio facta à pagano verbis directis, an filio poſt pubertatem mortuo valeat, vt fideicommiſſaria,c.44. 412
Quid ſi eadẽ compendioſa ſubſtitutio filio impuberi verbis communibus facta fuerit, & mater ſit in medio, an moriente in pupillari ætate filio ſit directa, vel omni tẽpore fideicõmiſſaria,c.45. 413
De ſubſtitutione facta in caſu, quo filij naſcituri decedant abſq; liberis, an locum habeat filijs non natis,c.46. 414
Vtrum res reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiectæ alienari poſſint ex cauſa reſtitutionis dotis vxori grauati,c.47. 416
Si bona reſtitutioni ſubiecta expreſſè prohibeantur à teſtatore alienari ex cauſſa dotis, vel donationis propter nuptias, vtrum nihilominus eas ob cauſſas alienari poſſint,c.48. 418
Ex prohibitione alienationis ea clauſula adiecta, quia teſtator voluit bona conſeruari in agnatione & familia, iudiciturne abſolutum fideicommiſſum ac ſimplex, an vero in caſum alienationis duntaxat,c.49. 419
Vtrum ex prohibitione alienationis à teſtatore facta fideicommiſſo bona ſubijciente, agnatis ex fideicommiſſo vocatis actio competat contra fiſcum, in quem bona ob grauati delictum tranſlata ſunt, non expectata morte naturali ipſius grauati,c.50. 421
Filij in conditione poſiti, an cenſeantur vocati, cap.51. 423
Vtrum filij naturales in conditione poſiti faciant deficere conditionem fideicommiſſi,c.52. 426
Filij naturales Principis reſcripto legitimati in conditione poſiti, an excludãt ſubſtitutũ,c.53. 427
Vtrum filij per ſubſequens matrimoniũ legitimati ſubſtitutum excludant, ſi cõditio hæredi aſcripta ſit fuerit: ſi deceſſerit abſq; liberis de vel ex legitimo matrimonio natis,c.54. 428

Subſtitutum an excludant filij per ſubſequens matrimonium legitimati in articulo mortis contractum, c. 55. 429

Poßit ne teſtator expreßè Monaſterium, vel Eccleſiam excludere ab hæreditate, ſi hæres inſtitutus factus fuerit Monachus: & proximiores vocare ac ſubſtituere, c. 56. 430

Vtrum hæc conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, intelligenda ſit tam de maſculis, quàm de fœminis in ea facti ſpecie, qua teſtator propria filia, in re certa inſtituta, & filio hærede vniuerſali agnatum ſubſtituit, c. 57. 532

Vtrum Papiniani reſponſum in l. Cum auus. ff. de cond. & demonſt. ad filios naturales extendi poſſit, c. 58. 433

Vtrum Papiniani reſponſum, de quo in l. Cum auus ff. de cond. & demonſt. & alia ſimiles leges locum habeant, cum filius hæres inſtitutus filios habuit tempore conditi à patre teſtamenti, cap. 59. 435

Vtrum etiam naturales filij faciant deficere conditionem in ea ſpecie, de qua loquitur l. Cùm auus. ff. de cond. & demonſt. & l. Cum acutiſſimi C. de fideic. c. 60. 437

Subſtitutus vulgariter in vnum caſum, vt puta, ſi hæres eſſe noluerit, an ſuccedat in alium caſum puta, ſi hæres eſſe non potuerit, vel contra, c. 61. ibid.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio impediat tranſmißionem iuris deliberandi in hæredem inſtituti, c. 62. 439

Vtrum filio repudiante hæreditatem ſuccedat pater an vero vulgariter ſubſtitutus? c. 63. 441

Vtrum fiſcus excludat vulgarem ſubſtitutum? c. 64. 443

Vtrum filius hæres à patre inſtitutus legitimam accipere, & reliquam hæreditatem repudiare poßit? c. 65. 444

Vtrum teſtamentum vires aſſumere poßit à ſubſtitutione vulgari tacita quæ in expreſſa pupillari continetur, pupillo poſt mortem teſtatoris decedente ſine aditione, c. 66. 446

Vtrum idem ſit ſtatuendum quod in præcedenti capite concluſum eſt, ſi filius ante patrem teſtatorem deceßit, c. 67. 447

Vulgaris ſubſtitutio ſeparatim facta perſonis imparibus, an cõtineat tacitã pupillarẽ, c. 68. 448

Quid ſi duobus impuberibus ſeparatim ſubſtitutio fiat, vni vulgaris, alteri pupillaris, an tum vulgaris contineat pupillarem, c. 69. 449

An vulgaris ſubſtitutio contineat pupillarem, ſi ſtatuto municipali cautum ſit, verba in teſtamentu accipienda eſſe ad literam, pro vt iacent, abſq; vlla interpretatione, c. 70. 450

Vtrum vulgaris ſubſtitutio filio facta tollat ſuitatem, c. 71. ibid.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio pluribus facta copulatiue vno adeunte expiret, c. 72. 452

Vtrum minor adeunte hæreditatem, & aduerſus aditionem in integrum reſtituto, vulgaris ſubſtitutus admittatur, c. 73. 453

Pupillus, cui ſubſtitutus datus à patre non eſt, an dicatur inteſtatus deceßiſſe in terminis ſtatuti de inteſtati ſucceßione loquentis, c. 74. 454

Si teſtator filio hæredi inſtituto abſq; liberis decedenti aliquem ſubſtituat, & alienationem prohibeat bonorum, antequam ad 25. annum perueniat, vtrum eidem videatur poſt 25. ætatis annum alienationem permittere in præiudicium ſubſtituti, c. 75. 455

Vtrum, ſi ex Galli Aquilij conſilio nepos hoc modo inſtitutus ſit: Si filius meus me viuo morietur, tunc, qui ex eo natus erit, hæres eſto, cenſeatur filius ipſe hæres inſtitutus, c. 76. 458

Vtrum inſtitutio filiorum à teſtatore facta extendatur ad filios, quos ſe habere ignorabat, quia mortuos eſſe putabat, c. 77. 460

Si teſtator coniunctim inſtituat hæredes filiũ & nepotem, vtrum intelligantur ordine ſucceſſorio inſtituti, hoc eſt, vt poſt mortem filij cenſeatur nepos inſtitutus, an vero ſimul, c. 78. 461

Vtrum reciproca ſubſtitutio pupillaris facta eſſe cenſeatur inter filios impuberes, quando eorum vltimo morienti datus eſt ſubſtitutus in tota hæreditate matre exiſtente in medio, c. 79. 462

De eadem reciproca ſubſtitutione non directa, ſed fideicommiſſaria, an inter plures hæredes præſumatur, quoties eorum vltimo morienti ſubſtitutus datus eſt in hæreditate, c. 80. 463

Alia controuerſia de reciproca ſubſtitutione, an præſumatur facta, cum pluribus hæredibus inſtitutis poſt mortem omnium teſtator aliquem ſubſtituit, c. 81. 465

Quid ſi in ea ſpecie, de qua diſſeruimus in præcedẽti capite, perſona ſubſit magis dilecta, & qua ex præſũpta mẽte teſtat. ſubſtitutũ excludat, 82. 467

Si teſtator ſecundum hanc formulam ſubſtituat, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum,

Sunt

Sitne in electione ſubſtituti ſuccedere ex quacunq; velit ſubſtitutione, c. 83. 468

Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur in locum patris, c. 84. 469

Vtrum in fideicommiſſis, in quibus à Teſtatore proximiores vocantur, intelligantur vocati proximiores ipſius Teſtatoris, an vero grauati, c. 85. ib

Vtrum in pupillari ſubſtitutione frater vtrinq; coniunctus præferatur fratri cõſanguineo, c. 86. 472

Quid ſi retenta præcedentis facti ſpecie agat de fideicommiſſaria ſubſtitutione, c. 87. 473

In fideicommiſſo conditionali, vtrum nati poſt conditionis euentum admittantur, vt concurrant cum iis, qui euenientis conditionis tempore extabant, & admiſſi fuerunt, c. 88. 474

Ventre inſtituto herede, an is filius, qui ex ea natus eſt vxore, quæ erat tempore teſtamenti, inſtitutus eſſe intelligatur: an vero, qui ex alia etiam vxore natus erit, c. 89. 476

Quid ſi teſtator poſthumum, ſiue ventrem vxoris inſtituerit, ſi prægnans eſſet, c. 89. 477

Si Teſtamentum fratris, in quo turpis perſona eſt inſtituta, contineat clauſulam codicillarem, vtrum frater, qui tanquam præteritus illud reſcindit, teneatur ſcriptis heredibus reſtituere hereditatem legitima ſibi retenta. Et quid de legatis, c. 91. 478

De reuocatione teſtamenti prioris continentis clauſulam derogatoriã, controuerſia vna c. 92. 480

Vtrum frater fratris Teſtamentum tanquam inofficioſum impugnare poſſit, ſi in eo ſpurium inſtituerit, c. 93. 481

In materia iuris accreſcendi examinatur controuerſia Doctorum de coniunctis re, & verbis, an ab initio partes faciant ad ſimilitudinem coniunctorum verbis tantum, c. 94. 483

Quomodo accipiendum, quod dicit Iuſtinianus in l. Vna. §. Vbi autem C. de Cad. toll. vnius portionem deficientem aliis coniunctis accreſcere pro virili portione, c. 95. 486

Ius accreſcendi an locum habeat, cum non ipſo iure ſed ope exceptionis deficit portio, c. 96. ib.

Is qui non admittitur ad partem, an faciat partem ad impediendum ius accreſcendi, c. 97. 487

Quæ ſit ſententia l. Re cõiuncti. ff. de leg. 3. c. 98. 488

Qu[illegible] ſit ſententia l. Mulieri & Titio ff. de condit. & de[illegible] 99. 490

Vtr[illegible]deicommiſſi, & alienationis prohibitio extendantur vltra quartum, vel decimum gradum. Item vltra centum annos, c. 100. 492

LIBRI V.

Defenſio c. Rainutius. de teſtamentis aduerſus Franciſci Hotomanni obiectiones, c. 1. 496

Vtrum filius rogatus hereditatem reſtituere, poſſit detrahere ſimul legitimam, & Trebellianicam pro defenſione, c. Rainutius de teſtamentis, contra Franciſcum Hotomannum, cap. 2. 502

Vtrum Trebellianicæ detractioni ſit locus, cum legitima eſt ſemis, c. 3. 508

Vtrum prohiberi Trebellianica detractio poſſit à teſtatore, c. 4. 509

Quid in liberis primi gradus, vtrum iis Trebellianica prohiberi poſſit à teſtatore, c. 5. 510

Vtrum Trebellianica detractio prohibita eſſe intelligatur, cum teſtator alienationem bonorum prohibuit, c. 6. 511

Trebellianicam an fideicommiſſarius reſtituens alteri fideicommiſſario detrahere aliquando poſſit c. 7. 512

Quarta Trebellianica detractio ſitne fienda ex tota hereditate defuncti, an vero ex eo quod ſupereſt, deductis legatis, c. 8. ibi.

Fructus in Trebellianicã ſintne imputãdi, cũ verſamur in liberis primi gradus, qui præter Trebellianicam etiam legitimam detrahunt, c. 9. 516

Alia explicatur controuerſia ad Interpretationem d. l. iubemus. C. ad Trebell. an fructus imputentur in Trebellianicam, quando filius reſtituere hereditatem iuſſus eſt extraneo, c. 10. 517

Cùm pars hereditatis legatur, vtrum in tali legato locum habeat lex Falcidia, an verò Trebellianum Senatuſconſultum, c. 11. ibid.

Lex Falcidia vtrum habeat locum in fideicommiſſis ſingularibus, c. 12. 519

Vt ceſſet Falcidia, an tacita prohibitio ſufficiat, cap. 13. 520

De interpretatione l. Si heres. §. Item, ſi reipub. ff. ad legem Falcid. c. 14. 521

Ad interpretationem l. In quartam ff. ad l. Falcidiam controuerſia diſcutiuntur, c. 15. 525

Prælegata an veniant in reſtitutionem fideicommiſſi, c. 16. ibid.

In legatis & fideicommiſſ. ad pias cauſas relictis, ſitne locus detractioni quartæ ex lege Falcid. vel ex Trebelliano Senatuſconſulto, c. 17. 527

In fideicommiſſis & legatis, vtrum appellatione filiorum veniant nepotes, c. 18. 529

Hæres eius, qui bona reſtitutioni obnoxia alienauit, poßitne ea vendicare, c.19. 530

An per diuiſionem cum clauſula, de non faciendo aliquid contra eam, vel alias, cum generalibus, & vt loquuntur pregnantibus verbis, cenſeatur renunciatum fideicom. c.20. 532

Vtrum matri vel auiæ cum relinquunt filio, vel nepoti legitimam portionem, vel etiam hæreditatem, liceat eam conditionem, quantum ad legitimam adijcere, vt vſusfructus patri non adquiratur, c.21. 533

Sitne donatio cauſa mortis, cum quis ſanus exiſtens & nullo mortis periculo exterritus, poſt mortem ſuam donat, c.22. 535

Mortis cauſa ſi quis donet, & promittat ſe non reuocaturum eam donationem, an ſit mortis cauſa donatio, c.23. 536

De donatione cauſa mortis filijfamilias controuerſia: an requiratur patris conſenſus ad integrandam perſonam filij, vt loquuntur, ſiue pro ſolennitate actus: an vero propter patris præiudicium, cap.24. 537

Poßitne filiusfamil. mortis cauſa abſq; patris conſenſu res donare aduentitias, in quibus parens nullum habet vſumfruct. c.25. 539

Vtrum filiusfamilias donare poßit ipſi patri conſentienti cauſa mortis bona aduentitia, c.26. 541

An l. Si pater puellæ. C. de inoff. teſtam. ſit correcta ex l. Quoniam in prioribus eod. titul. quantum ad legitimam, c.27. ibid.

Ad l. vlt. §. vlt. de leg. 2. annotationes, quibus & quæ controuerſa ſunt expediuntur, c.28. 542

De actione fideicommiſſario competente contra tertios poſſeſſores, c.29. 543

Ad l. 1. de legat. 1. c.30. 544

Pro legatis conſequendis ſitne executione procedendum, an ordinariè, c.31. 545

Sitne legatum, an verò inter viuos donatio, cum quis in teſtamento donat aliquid præſenti ac acceptanti, c.32. ibi.

De legato à debitore relicto creditori an compenſandum ſit cum debito, vbi diſcutitur illa communis diſtinctio, vtrum ex cauſa neceſſaria, an voluntaria debitum procedat, c.33. 547

Quid dicendum, ſi legatum conſiſtat in ſpecie, & debitum neceſſarium in quantitate, retenta ſpecie de qua in capite præcedenti, c.34. 548

Legatum an videri poßit animo compenſandi relictum à debitore creditori, cum dixit debitor ſe legare ex proprijs bonis, c.35. 549

Legatum viro relictum ab vxore, an ſit cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur, vxore ipſa præmoriente, compenſandum, c.36. 550

Si legetur feudum alicui, vtrum hæres ad æſtimationem præſtandã legatario teneatur, c.37. ibi.

Vtrum legatum rei alienæ iure Canonico valeat, cap.38. 551

Legata ab inſtituto relicta nominatim, an à ſubſtituto repetita cenſeantur, c.39. 552

Legatum ab extraneo relictum Epiſcopo ſub nomine proprio, an Eccleſiæ adquiratur, c.40. 554

Legatum canonicis relictum, cui acquiratur, Eccleſiæne an capitulo, an ipſis ſingularibus perſonis, c.41. ibid.

Legatum vxori, vtrum de prima duntaxat, an verò etiam de ſecunda ſit intelligendum, c.42. 555

Vſusfructus domus ſi legetur adiecto onere, ne altius tollatur, vtrũ relicta proprietas videatur? 43. ib.

Si prædij vſusfruct. fuerit in teſtamento relictus ea conditione adiecta, vt alienari non poßit, Vtrum proprietas relicta cenſeatur, c.44. 556

Si vſusfructus prædij ſit relictus cum facultate illud alienandi, vtrum intelligatur proprietas relicta c.45. ibid.

Si vſusfructus prædij legetur ea conditione adiecta, vt poſt mortem ſuam illud legatarius alteri reſtitueret, an relicta proprietas intelligatur, cap. 46. 557

De vxore relicta vſufructuaria liberis extantibus, atq; hæredibus inſtitutis controuerſia, vtrum intelligantur tantum ei alimenta relicta, c.47. 559

Legatum dotis, vel pro dote relictũ certæ puellæ ab extran. an ſit purum vel conditionale, c.48. 560

Si legetur puellæ ſub conditione, ſi fuerit matrimonio copulata Seio, vtrũ legatũ debeatur contractis nuptijs ante copulam carnalem. c.49. 561

In legato vſusfructus habeatne locum ius accreſcendi inter coniunctos verbis tantum, c.50. 562

Si tutori, vel adminiſtratori legetur, quidquid apparebit eũ debere ob tutelam vel aliam adminiſtrationẽ, vtrũ eo legato cõprehendatur etiã id quod debet ex doloſa adminiſtratione, c.51. ibi.

Si teſtator ita dixerit: lego Sempronio, quod Caio legaui, vtrum videatur Caio adimere legatum, cap.52. 564

Ad interpretationem Nouellæ Iuſtiniani de reſtitutionibus, c.53. 565

Si

[illegible]

Si teſtator legauerit puellæ, ſi nupſerit, mille: ſin autem monaſterium fuerit ingreſſa, ducenta: an ſi monaſterium ingreſſa fuerit, mille conſequi valeat, c.54. ibid.

Ad l. Filia legatorum. C. de legatis, diſcutitur controuerſia inter Oldradum & Dynum de patre, qui filiæ ſuæ pro dote legarit CCCC. deinde eam elocauit viuens, dote conſtituta & numerata [illegible] legato petere poßit, c.55. 566

Ad l. Cum filiofam. de leg. controuerſia circa vltimæ partis ſententiam, c.56. 567

Innocentij III. Pontificis Maximi reſponſum in c. Cum tibi de teſtam. ſitne iuris regulis conſentaneum, c.57. 568

An legatum conferri in alienam voluntatem poßit, c.58. 569

Legatum an in voluntatem hæredis conferri poßit: ad interpretationem legis ſideicommiſſaria. 46. ff. de fideicom. liber. c.59. 570

Donare mortis cauſſa poßitne mulier, quæ non poteſt contrarium facere, abſque conſenſu duorum propinquorum, ita diſponente municipij lege, c. 60. 581

Adultus minor 25. annis curatorem habens poßitne mortis cauſa donare abſque eius conſenſu & auctoritate, c.61. 573

Vtrum vſurarius manifeſtus, qui teſtari prohibetur, etiam mortis cauſa donare prohibeatur, ante præſtitam cautionem de reſtituendis vſuris, c. 62. 574

Donatio mortis cauſſa poßitne reuocari ex pœnitentia donatoris abſq. hærede decedentis, c.63. 575

Si filiusfam. teſtamentum faciat cum conſenſu patris, adiecta clauſula codicillari, ſi non valet iure teſtamenti, valeat iure codicillorum, & cuiuſcunque vltimæ voluntatis, vtrum in vim donationis cauſa mortis valere poßit, c.64. ibid.

Legato Caſtro cum pertinentijs, an etiam bona particularia, & prædia contineantur, c.65. 577

Fideicommiſſum in dubio vtrum præſumatur relictum à filio impubere, an vero ab hærede eius, c. 66. 566

Bonorum appellatione in legatis vtrum venalia contineantur, c.67. 579

De dictione ſeu in legatis appoſita vtrum vim habeat ampliandi legati: ad interpretat. l. Si quis ita. ff. de aur. & argen. leg. c.68. 580

Controuerſia circa ſententiam Alberti Papienſis de teſtamento ad alterius interrogationem, an valeat, c.69. ibid.

Teſtamentum poſterius factum ad alterius interrogationem, an tollat prius ſolemniter confectũ, c.70. 581

Si filius ſub conditione caſuali vel mixta fuerit hæres inſtitutus, vtrum hodierno iure valeat teſtamentum, & in hoc correcta l. Si pater. C. de in-[illegible] 584

Cur prætor hæredem facere non poßit: ad interpretationem §. Quos autem in Inſtit. de bon. poſſ. c.72. 585

Quæ ſit edictalis, & quæ decretalis bonorum poſſeſſio, c.73. ibid.

In obtinenda bonor. poſſeſſ. ſitne iure nouißimo inſpecto decretum Prætoris neceſſarium, c.74. 586

Vtrum filiusfam. cui bonorum poſſeßio delata eſt, eam agnoſcendo & petendo aliquid adquirat ſibi ipſi, c.75. 587

Rurſus de bonorum poſſeßione filiofam. delata, ſi is abſq. conſenſu patris eam agnouerit, & pater non ratificauerit, an filio acquiratur, iſq. creditorib. ac legatarijs ſatisfacere teneatur, 76. 588

Explicatur collationis materia; controuerſiaq. ad eam pertinentes late diſcutiuntur, c.77. 590

De eadem materia collationis, c.78. 591

Alia controuerſia de eadem collationis materia, c. 79. 593

Proponuntur aliæ concluſiones in materia collationis, & an donatio ſimplex filio facta in poteſtate, ſit conferenda, c.80. 593

Alia controuerſia de ſimplici donatione, quæ ab initio valet, an ſit conferenda, c.81. 594

Proponuntur aliæ concluſiones in materia collationis, & excutitur alia controuerſia de donatione facta filio ob cauſſam matrimonij, an ſit conferenda, c.82. 595

Proponuntur omnes aliæ concluſiones, & quomodo accipienda ſit lex vlt. C. de collat. c.83. ibid.

Controuerſia aliqua an hæreditas pacto dari poßit. Et primo, quid ſi non tota hæreditas, ſed pars bonorum ex pacto detur, an valeat. c.84. 596

Secunda controuerſia, quid ſi pactum fundetur in perſona promittentis, non autem bona, ſiue bonorum obuentionẽ reſpiciat, an valeat, 85. 597

Pactum de futura ſucceßione reciprocum an valeat, c.86. 599

Pactum de futura ſucceßione in contractu matrimoniali adiectum an valeat, c.87. 600

Excommunicatus an poſſit teſtari, c.88. 601

Vtrum Clericus de fructibus bonorum Eccleſiaſticorum teſtari poſſit, c.89. 602

Teſtamentum an valeat, quod confectum eſt nō adhibitis iuris ſolennibus, ſed ſtatuti eo in loco vigentis, vbi teſtamentum eſt conditum, ex quo tamen loco teſtator ortundus non eſt, c.90. 605

Teſtamentum à forenſe conditum ſeruatis ſolennib. loci, in quo illud condidit, an effectum habeat, quantum ad bona alibi ſita, c.91. 607

Vtrum valeat teſtamentum coram quinque teſtibus tempore peſtis, c.92. 608

Primum teſtamentum, quod poſteriore reuocatum intelligitur, qua ratione reuiuiſcat, ſi poſterius inciſum & reuocatum ſit à teſtatore, c.93. 609

Filiusfam. an teſtari poſſit de his rebus, quarum vſusfruct. parenti non adquiritur, c.94. 610

Quanta ſit legitima filiorum portio, cum de bonis patris, quæ propter delictum ad fiſcum peruenerunt, detrahi debet in caſibus, in quibus ex ſtatuto vel conſuetudine confiſcationi locus eſt, c.95. 611

Sitne aliquis modus iuri conſentaneus, quo reſtitutioni legitima filiorum ſubijci queat, c.96. 612

Vtrum auus heredem inſtituere poſſit nepotem, ex filio ſpurio, c.97. 613

Vtrum nepotes ex filio nato ex inceſtu heredes inſtitui poſſint ab auo, c.98. 615

De facultate teſtandi à Summo Pontifice conceſſa perſonis Eccleſiaſticis, an ad vnum duntaxat teſtamentum coarctanda ſit, c.99. 616

Vtrum teſtandi facultas conceſſa perſonis eccleſiaſticis morte Pont. Maximi expiret, c.100. 617

Ius accreſcendi, an tranſeat in emptorem hereditatis? c.101. 618

LIBRI VI.

VTrum filius legitimatus per reſcriptum excludat à ſucceſſione parentum filias fœminas, vbi ſtatutum ciuitatis mandat, vt exiſtentibus filijs maſculis legitimis & naturalibus fœminæ excludantur? c.1. 620

De celebri controuerſia in ſucceſſione Regni & Principatus, vter ſit præferendus, patruus, an nepos ex filio primogenito, c.2. 623

Fratrum filij, vtrum ſuccedant patruo in ſtirpes, an vero in capita, c.3. 624

Quomodo aſcendentes in pari gradu exiſtentes ſuccedant filijs vita defunctis nullo condito teſtamento, c.4. 626

De ſucceſſione fratris vterini & conſanguinei controuerſia, c.5. 629

Si pater & mater, vel auus paternus & maternus ſimul ſuccedant filio vel nepoti inteſtato defuncto, qui erat in poteſtate, an vſumfructum pater, vel auus paternus habeat in portione matris, vel aui materni, c.6. 630

An frater vtrinque coniunctus defuncti præferatur auo, an vero ſimul cum eo ſuccedat, c.7. 631

Vtrum fratres ex vno tantum latere coniuncti ſuccedant ſimul cum parentibus defuncti, c.8. ib.

Ad l. Si infanti. C. de iu. deliberandi controuerſia, c.9. ibid.

Nati ex coitu damnato & nefario, an ſicut aſcendentibus non ſuccedunt, ita etiam excludantur ab inteſtato à ſucceſſione tranſuerſalium, c.10. 632

Titulus pro herede in ſuis heredibus veluti ſunt filij in poteſtate, an proficiat ad vſucapionē, 11. 633

Vtrum pater. Monach. effectus amittat vſumfructum, quē habet in bonis aduentitijs, c.12. 634

Poſſitne filius patre monaſterium ingreſſo, & religionem profeſſo adhuc viuente legitimam portionem petere, c.13. 635

Teſtamentum factum ante ingreſſum religionis, an per ingreſſum reuocetur, ſecuta ſcilicet profeſſione, c.14. 637

Teſtamentum factum ante profeſſionem poſſitne monachus poſt factam profeſſionem reuocare, c.15. 639

Vtrum hereditas delata monacho, immediate monaſterio deferatur, vt eam adire valeat abſq; facto monachi, an vero ex perſona ipſius monachi, aut proinde neceſſaria ſit eius aditio, c.16. 640

Quid ſi monachus, cui delata eſt hereditas, adire nolit, an poſſit eo inuito monaſterium adire, c.17. 641

Quid ſi monachus deceſſerit ante aditam hereditatem, an monaſterium poſſit illam adire, c.18. 642

Si intra annum profeſſionis monachus decedat nullo condito teſtamento, ad quem pertineant eius bona, an ad monaſterium, an vero ad heredes, qui ſunt proximiores, c.19. 643

Vtrum Eccleſia heres teneatur inuentarium conficere, vt legis beneficijs frui poſſit, vt non teneatur vltra vires hereditarias, c.20. ibid.

Vtrum

Vtrum fiſcus teneatur inuentarium conficere, & eo non confecto, vltra vires hæreditarias, c. 21. 645

Vtrum fiſcus ſuccedens in bona vacantia teneatur legata & fideicommiſſa præſtare teſtamento, vel codicillis relicta, c. 22. 646

An iure Canonico hæres non confecto inuentario teneatur vltra vires hæreditatis, c. 23. 648

Hæres, qui inuentarium non confecit, an vltra vires hæreditarias teneatur in foro conſcientiæ, c. 24. 649

Poßitne teſtator inuentarij confectionem hæredi remittere in præiudicium legatariorum & fideicommiſſariorum, c. 25. ibid.

Legatum obſcurum, an in fauorem Eccleſiæ ſeu piæ cauſæ latius ſit interpretandum, c. 26. 651

An hæres conueniri poßit in rem actione intra tempus quo inuentarium conficitur, c. 27. 652

Hæres qui ſimpliciter adiuit hæreditatem, nulla facta proteſtatione de inuentario conficiendo, vtrũ beneficijs eiuſdem poſtea cõfecti perfruatur, c. 28 ibid.

Hæres qui fecit inuentarium, an detrahere poßit ſumptus factos in litigando pro defendenda hæreditate, c. 29. 653

Hæres qui confecit inuentarium, an damnum ſentiat ex interitu rerũ hæreditariarum, c. 30. 654

Si hæres inuentarium cõfecerit, an illud proſit fideicommiſſ. cui reſtituit hæreditatem, c. 31. 655

Si emptor ſit hæres venditoris, & inuentarium conficiat, & res euicta ſit, an in ponenda ratione bonorũ hæreditatis, habeatur ratio dupli euictionis nomine promißi, vel tantũ ſimpli, c. 32. 656

Vtrum hæres, qui inuentarium non confecit, deducere poßit id, quod ſibi à defuncto debebatur aduerſus eum, cui ex Trebelliano reſtituit hæreditatem, c. 33. 657

Hæres qui inuentarium non confecit, an in ſolidum teneatur ad præſtandum legatum alimentorũ, c. 34. 659

Si filius patria poteſtate aliter, quàm per emancipationem liberetur, puta per dignitatem Epiſcopalem, vel Patritiatus honorem, vel per Matrimonium contractum, vbi ex conſuetudine, vel ſtatuto Ciuitatis liberatus eſſe intelligitur à patria poteſtate, an pater vſumfructũ amittat bonorũ aduentitiorum & maternorũ, c. 35. 660

Hæreditatis diuiſio, an peti poßit poſt longißimum tempus, c. 36. 661

Tractatur controuerſia inter Legiſtas & Canoniſtas circa diuiſionem hæreditatis, an illa ſit inſtituenda ſit, vt maior diuidat ex fratribus, & minor eligat, c. 37. 663

Hæreditas ſi delata ſit filio alicuius furioſi, an poßit abſque conſenſu patris adiri, vt nullum inde emolumentum patri adquiratur? c. 38. ibid.

Quomodo ſit accipiendum, quod dicitur in l. vlt. §. Vbi autem in vnum. C. de bon. quæ liber. videlic. patrem legitimum adminiſtratorem bonorum filij aduentitiorum mouere, & excipere actiones poſſe adhibito filij conſenſu, c. 39. 665

Poßitne paterfamilias abſque Prætoris decreto res aduentitias filij ob æs alienum diſtrahere? c. 40 666

Ad l. Lege obuenire 130. ff. de verb. ſig. & in l. 3. §. De illo. ff. pro ſocio, c. 41. 667

Ad interpretationem l. 3. C. de bonis maternis, c. 42 668

Hæreditatem petens ab inteſtato tanquam conſanguineus, an probare teneatur ſe proximiorem eſſe, c. 43. 669

Tractatur controuerſia de eo, qui fideicommiſſum petit ſub conditione relictum, ſi inſtitutus abſq; liberis deceſſerit, an teneatur probare gratum abſque liberis deceßiſſe, c. 44. 671

Cõtrouerſia de pupillari ſubſtituto, qui probat mortem inſtituti, an teneatur probare eam in pupillari ætate contigiſſe, vt obtineat c. 45. 673

Hæreditatem petens, tanquam proximior in ſucceßione inteſtati, an probare teneatur, eum, de cuius hæreditate agitur, nullo condito teſtamento deceßiſſe, c. 46. 674

Ad c. Cum eſſes de teſtamentis, c. 47. 675

Hæres, an præſumatur habere notitiam teſtamenti, poſtquam hæreditati ſe immiſcuit, c. 48. 676

An hæreditas repudiata eſſe intelligatur, cum quis dixit ſe nolle hæreditatem adire, c. 49. 678

His verbis: volo hæreditatem adire, *an cenſeatur adita hæreditas, c. 50.* 679

Aditio hæreditatis, an ex eo inducatur, quod debita quis non ſoluerit, c. 51. 680

Aditio hæreditatis, an ex fructuum perceptione inducatur, c. 52. 682

Hæreditatis aditio, an inducatur exhæredatione domus paternæ, c. 53. 683

Aditio hæreditatis, an inducatur, ex eo quod inuentarium hæres confecerit, c. 54. 684

Per ceßionem, vel in ſolutum dationem bonorum, vel iu-

vel iurium hæreditatis, an hæreditas adita eſſe cenſeatur, ſi proteſtatur is, qui cedit, vel in ſolutum dat, ſe non animo adeundi cedere, vel in ſolutum dare, c.55. 685

Si filius aſſerat ſe aliqua bona patris defuncti poſſidere pro ſua legitima, an videatur adiuiſſe hæreditatem ſibi teſtamento relictam, c.56. 686

Poßitne filius in re propria grauatus legitimam portionem retinere, & reliquam hæreditatem repudiare, ſi ſubſtitutum habeat vulgarem, c. 57. 689

Bonorum poſſeßionem an agnouiſſe præſumatur ille, qui poſſeſſor iam hæreditatis petitionem contra bonorum occupatores inſtituit, c.58. 690

Bonorum poſſeßio, an intra ſtatuta à legib. tempora agnita fuiſſe præſumatur, c.59. ibid.

Si quis dixerit: Credo hanc hæreditatem eſſe reſpuendã, & mihi non expedire, *an repudiata cenſeatur poſt trium menſium lapſum, c.60.* 692

Repudiatio hæreditatis, an inducatur ex eo quod is, cui delata eſt, verbis futurum tempus ſignificantibus teſtatur ſe nolle adire, c.61. 693

Vtrum pater feudum vni ex filijs prælegare poßit, c. 62. 695

Pater an prælegare poßit emphyteuſim vni ex filijs ſuis, c.63. 696

De donatione ſimplici, an ſit conferenda, ad l. Filia. C. famil. herciſc. l. Si donatione. C. de collat. & l. pen. C. eod. tit. c.64. 697

Ad l. vlt. C. de collat. an ſit extendenda ad filios emancipatos, c.65. 700

Ad l. Qui ſe patris. C. vnde liberi, c. 66. 702

An l. Qui ſe patris. C. Vnde liberi. hodie ſit correcta, c.67. 703

De euictione inter cohæredes præſtanda, c.68. 704

Diuiſio patris inter filios facta bonorum eius, ſi iuramẽto firmata ſit, an poßit reuocari, c.69. 707

Ad l. Filium quem habentem C. Famil. herciſc. c. 70. 708

Ad l. vlt. C. de fideicommiſſ. an teſtator poßit legatario ſtipulari, 71. 709

Teſtator poßitne inducere vſuras, c.72. 711

Vtrum filius legitimam portionem amittat, ſi legata pia neglexerit, c.73. 713

Militare teſtamentum, an ſubiaceat querelæ, c 74. 714

Clericorum teſtamenta num ſubiaceant querelæ, ac reſcißioni, ſi ſint inofficioſa, c.75. 715

Ingratitudinis cauſa, ſi probetur, quæ teſtamento parentum expreſſa non ſit, poßitne filij exhæredati reſciſſo teſtamento ab inteſtato hæreditatẽ vendicare, 76. 717

Ad interpretationem Nouellæ 115. vt cum de appell. cognoſ. §. Aliud quoq; capitulum an locum habeat in præteritione paterna filiorum, qui ſunt in poteſtate, c.77. 717

Ad eandem Nouellam 115. Vt cum de appell. cognoſ. §. Aliud quoque capitulum, poßintne parentes filios ſuos exhæredare ex alia cauſſa, quæ non ſit ex 14. ibi expreßis, quæ tamen ſimilis ſit, vel maior, c.78. 721

Si filius poſt iniuriam parenti factam reconciliatus ei fuerit, vtrum exhæredatio locum habeat, c. 79. 723

Si filius poſt commiſſam ingratitudinis culpam pœnitentiam egerit, poßitne à patre exhæredari, c. 80. ibid.

Si filius factus fuit poſt culpam ingratitudinis commiſſam monachus, poßitne à parente teſtamento exhæredari, c.81. 724

Vtrum legata pia debeantur hæreditate non adita, c.82. ibid.

Poßitne hæres legatum defuncto relictum repudiare in alterius præiudicium, c.83. 725

De donatione inofficioſa parentum quatenus reuocetur à filijs, c.84. 726

Poßintne liberi alienata à parentibus titulo oneroſo, vſq; ad legitimam reuocare, c.85. 728

Teſtamentum factum apud acta iudicis an teſtes requirat, c.86. 729

Vtrum donatio inter viuos omnium bonorum præſentium & futurorum valeat, c.87. ibid.

An donatio omnium bonorum præſentium, & futurorum iuramento confirmetur, c.88. 730

Donatio omnium bonorum præſentium, & futurorum reſeruato vſufructu, an valeat, c.89. 731

Donatio omnium bonorum præſentium & futurorũ aliquo reſeruato, de quo donator in vita diſponere valeat, an de iure ſubſiſtat, c.90. 732

Quid ſi donans omnia bona præſentia & futura reſeruet ſibi aliquid, de quo diſponere poßit in certum genus perſonarum, vel in certam cauſam, puta vt poßit diſponere, ſiue teſtatori pro anima, c.91. 733

Quid ſi donans omnia bona præſentia & futura reſeruet ſibi aliquid, de quo poßit in vita vel in morte diſponere, an valeat donatio, c.92. ibid.

Dona-

Donatio facta omnium bonorum præſentium & futurorum, an contineat veſtes, ſuppellectilem & alia, quæ veriſimile non eſt quenquam ſpecialiter donaturum, c.93. 734
Vtrum donatio hæreditatis valeat, c.94. ibid.
Poſsitne mortis cauſa hæreditatem ſuam quis donare, c.95. 735
Vtrum hæreditas per procuratorem adire poſsit, c.96. 736
Ad l. Eam quam 14. de fideicom. c.97. 737
Defenditur ſententia auctoris de Emphyt. an donare poſsit ius emphyteuticum conſenſu domini nõ requiſito. quæ extat in prima parte controuerſiarum. lib.3. cap.97. cap.98. 740
Annotationes ad primum caput lib. 1. Controu. & ad cap.71. lib.3. cap.99. 741
Annotationes continet ad c.1. lib. 4. & ad c.22. eiuſdem libri, & ad cap.31. cap.100. ibid.

INDEX CAPITVM ALTERÆ PARTIS, SIVE

LIBRI SEPTIMI.

De origine feudorum, & an feudum ſit contractus, cap.1. 1
Liber feudorum an ſit authenticus, c.2. 4
Sitne recipienda diuiſio feudorum, in hæreditaria, & ex pacto, & ex prouidentia, c.3. 5
Quæ ſit interpretatio adhibenda in conceſsione feudi alicui & hæredibus facta, c.4. 7
Quomodo accipiendum quod dicitur in cap.1. An agnatus vel filius, &c. filium non poſſe patris hæreditatem repudiare & feudum retinere, c.5. 8
Feudum conceſſum pro hæredibus quibuſcunq;, an extendatur ad extraneos hæredes & ad fœminas, c.6. 10
Quomodo accipienda ſit feudalis conceſsio pro hæredibus maſculis facta, c.7. 11
Poſsitne pater alienare feudum nouum in præiudicium liberorum, c.8. 13
Quomodo accipiendum, quod dicitur in c.1. §. Titius. Si de feudo defuncti contentio ſit inter domi. & agnatos vaſalli, c.9. 15
Poſsitne agnatus feudum antiquum alienare agnato remotiori in præiudicium proximioris, cap.10. 17
Quanto temporis ſpatio tollatur ius reuocandi alienationem feudi, competens agnatis proximioribus, cap.11. 19
An ſi proximior agnatus feudum alienatum ſpatio 30. annorum reuocare neglexerit, eiuſdẽ feudi poſſeſſor tutus ſit præſcriptione aduerſus alios agnatos, qui poſt illius mortem ſunt gradu proximiores? c.12. 20
Vtrum agnatus qui eſt hæres alienantis feudum antiquum, illud reuocare poſsit? c.13. 22
Sitne concedenda actio de euictione emptori aduerſus hæredes eius, qui feudum alienauit, quod ab agnato euictum eſt, c.14. 24
Poſsitne agnatus ex iure retractus, vt vocant, feudum antiquum alienatum ab agnato, cum conſenſo domini, eo viuente ſoluto precio reuocare, c.15. 26
Vtrum agnato competat ius retractus, ſi feudum alienatum dixerit ſe nolle emere, c.16. 27
Quid iuris ſi proximior agnatus vti nolit iure retractus poſsitne eo vti ſequẽs in gradu? c.17. 28
Poſsitne filius reuocare antiquum feudum à patre alienatum, cum conſenſu domini, poſt mortem patris, c.18. 29
Poſsitne filius feudum à patre alienatum, eo viuente precio reſtituto redimere? c.19. 36
Confiſcatis bonis vaſalli ob delictum ab eo commiſſum, vtrum feudum etiam confiſcetur? c.20. 37
Quomodo accipiendum quod dicitur, vaſallo delinquente extra perſonam domini, feudũ ad agnatos pertinere, an pertineant ad eos tantum qui ſunt in quarto, vel vlteriori gradu? c.21. 39
Vaſallo delictum committente aduerſus dominum cui feudum aperiatur, domino an agnatis? c.22. 41
Delictum vaſalli an & quando filijs noceat in feudo? c.23. 45
Feudum à vaſallo alienatũ abſq; domini conſenſu, an domino aperiatur vel agnatis? c.24. 46
Si vaſallus intra annum & diem non petierit inueſtituram, ad quem feudũ pertineat, c.25. 48
Gradus ſuccedendi in feudo, an computandus ſit ſecundum ius ciuile vel canonicum, c.26. 49
Vtrum agnati in feudo ſuccedant vſq; ad ſeptimum gradum, an vero in infinitum, c.27. 50
Tres controuerſiæ explicantur de feudo nondum aperto. Prima, an concedi a domino poſsit, ante mortem illius qui feudum obtinet. Secunda, quid ſi pure concedatur. Tertia, quid ſi viuens vaſallus liberos habeat, c.28. 52

Succeſſor Epiſcopi inueſtiens aliquem de feudo alterius vaſalli viuentis, cum conſenſu Capituli, ſub conditione illa, ſi feudum ſibi fuerit apertum, an teneatur ratam habere inueſtituram, ſi Epiſcopus ante vaſallum, qui feudum poßidet, deceſſerit, c.29. 54

Quomodo accipienda ſint verba illa textus in cap. 1. *Qui ſucceſſores dare teneantur*: Niſi ille qui inueſtituram acceperit, nomine eius feudi in poſſeſſionem miſſus ſit, eo conſentiente qui detinet, c.30. 56

Poßitne Epiſcopus rem in feudum dari ſolitam, & ad ſe deuolutam, conſanguineis ſuis in feudum dare, c.31. 58

Ex duobus inueſtitis de feudo vter præferatur, c.32. 59.

Vter præferatur ex duobus à Principe de feudo inueſtitis, c.33. 60

Vtrum ſurdus, vel mutus, vel alius imperfectus ſit capax, c.34. 62

Vtrum Clericus feudum obtinere poßit, c.35. 64

Equites Hieroſolymitani, & ſimiles, qui ſacro ordini militum nomina dederunt, an in feudū ſuccecedere poßint, c.36. 66

Vtrum fœmina in feudo emptitio ſuccedant, c.37. 67.

In feudo fœmineo an ſuccedant fœminæ, c.38. 69

Vtrum fœminæ ſuccedant in feudo franco, c.39. 71

Fœminæ vtrum in feudo ſuccedant, in quo iuramentum fidelitatis non eſt præſtandum, ſed ſolui debet annuus cenſus, vel aliud præſtari ſeruitium, quod etiam fœmina præſtare poteſt, cap. 40. 72

Ad capit. 1. de eo qui ſibi & heredibus ſuis maſculis vel fœminis, &c. an fœmina ſemel admiſſa excludatur à maſculo poſtea nato, c.41. 73

Si feudum quis acquiſierit ſibi & ſuis heredibus vtriuſque ſexus, vtrum fœminæ ſimul cum maſculis ſuccedant, c.42. 75

Quid ſi feudum acquiſitum fuerit pro maſculis cum fœminis, an fœminæ vna cū maſculis ſuccedant, c.43. 76

Maſculus exiſtens in gradu remotiori lineæ diuerſæ, an excludat fœminam à ſucceßione feudi in proximiori gradu exiſtentem eiuſdem lineæ, vbi feudum acquiſitum eſt pro heredibus maſculis & fœminis, c.44. 76

Fœmina ſemel à feudi ſucceßione excluſa per maſculos, an perpetuo cenſeatur excluſa, c.45. 77

Legitima filiarum an ſit ex feudo hereditario detrahenda, c.46. 79

Quid ſi feudum à patre ſit emptum, an ex eo filiarū legitima detrahi poßit, c.47. 80

Vtrum feudum emptitium filij ſuccedentes in hereditate patris vna cum ſororibus conferre teneantur: Et quid de feudo empto, quod ad primogenitum ſpectat, an teneatur alijs fratribus conferre, c.48. 82

Poßitne filius naturalis legitimari, vt ſit capax feudi, ac in eo ſuccedat, ſine cōſenſu domini ipſius feudi, c.49. 84

Vtrum poßint naturales filij legitimari Principis reſcripto, vt in feudis ſuccedant in præiudicium agnatorum, quibus ius quæſitum eſt ex antiquis inueſtituris: & quæſtio accipienda eſt patre viuente, c.50. 85

Legitimati per ſubſequens matrimonium, an ſuccedant in feudo, quod conceſſum eſt filijs ex legitimo matrimonio natis, ſiue deſcendentibus, c.51. 86

Si vaſallus feudum habens alium ſubinfeudauerit, rectè & legitimè, deinde mortuus fuerit, an feudum ita ad dominum reuertatur, vt non teneatur ſubinfeudatum inueſtire, licet ei ſeruire voluerit, c.52. 87

Subuaſallus feudum alienare volens, an conſenſum requirere debeat domini ſui immediati, an vero ſuperioris domini mediati, c.53. 89

Si plures ſint ſucceſſores in feudo, an & quomodo omnes fidelitatē domino iurare debeant, 54. 91

Si dominus feudi deceſſerit, relictis pluribus ſucceſſoribus, vtrum vaſallus teneatur præſtare omnibus fidelitatis iuramentum, c.55. 92

Si vaſallus cum conſenſu domini feudum creditoribus ſuis obligauerit, deinde nullis deſcendentibus relictis deceſſerit, vtrum dominus, ad quem feudum reuertitur, teneatur creditoribus ſatisfacere, c.56. 93

Conſenſus præſtitus à domino feudi oppignerationi à vaſallo factæ, vtrum ad vſuras ſiue ad id quod intereſt extendatur, c.57. 95

Feudum nouum conceſſum iure antiqui feudi, vtrū naturam aſſumat feudi antiqui, c.58. 96

Feudum an in dubio antiquum vel nouum præſumatur, c.59. 97

Poßitne vaſallus domino inuito feudum renunciare, c.60. 98

Vtrum feudum præſcribatur longißimo tempore

quoad dominium directum in praeiudicium domini,c.61. 100
Filij fratrum an in feudo ſuccedant in ſtirpes vel in capita,c.62. 101
Ius accreſcendi an locum habeat in feudo nouo à Principe conceſſo,c.63. 102
Ius accreſcendi an locum habeat in feudo quod duobus ſimul conceſſum eſt, & cuiuslibet eorum deſcendentibus,c.64. ibid.
De meliorationibus in rem feudalem factis à vaſallo,& quo modo feudo ad dominum reuerſo eorũ ratio habenda ſit,c.65. 103
Poßitne Epiſcopus ſolus, abſq; conſenſu capituli, in feudum dare rem ad ſe reuerſam infeudari ſolitam,c.66. 104
Quid requiratur vt res dicatur ſolita in feudum dari,c.67. 105
Quod requirantur actus ad inducendum infeudandi conſuetudinem, c.68. 106
Princeps Caſtrum cum Iuriſdictione in feudũ concedens, an videatur etiam cum mero & mixto imperio concedere,c.69. 107
Si vaſallus de Caſtro inueſtitus ſit à Principe, cum iuriſdictione, meroq; & mixto imperio, an habeat ius confiſcandi, id eſt, compendium ac emolumentum pœnæ confiſcationis,c.70. 108
Quando res Eccleſiaſtica in feudum dari ſolita efficiatur de menſa Eccleſiæ, ac proinde non poßit amplius infeudari, niſi ſolennibus adhibitis, c.71. 110
Vtrum prælatus Eccleſiæ laicis in feudum concedere poßit decimas ad Eccleſiam reuerſas, ante Concilium Lateranenſe concedi ſolitas,c.72. 111
Feudo ad dominum reuerſo propter lineam finitã, vtrum dominus teneatur proximioribus agnatis illud concedere, c.73. ibid.
Feudum dare an cuilibet rerum ſuarũ domino permiſſum ſit,c.74. 112
Filiorum appellatione in feudis an contineantur nepotes,c.75. ibid.
Vtrũ in feudis poßit alter alteri ſtipulari,c.76. 113
Vtrum pater vſumfructum bonorum filij, quem in poteſtate habet, ſibi vendicare poßit,c.77. 114
An in dotem feudum dari poßit ſine conſenſu domini,c.78. 115
Poßitne vaſallus abſque conſenſu domini feudi vſumfructum alij cedere,c.79. 117
Conſenſus domini qui requiritur in alienatione feudi, debeatne expreſſus eſſe, vel an tacitus ſufficiat,c.80. 118
Poßitne vaſallus, cui dominus poteſtatem dedit feudum alienandi, partem eius alienare,c.81. 119
Vaſallus an feudum alienare poßit abſque domini licentia, cum ei conceſſum eſt pro ſe, & quibus dederit,c.82. 119
Si dominus alienationi feudi ſimpliciter conſentiat, an ſibi quoad dominium directum præiudicium faciat,c.83. 120
Si vaſallus feudum abſq; conſenſu domini alienauerit, & incontinenti recuperauerit, an euadat caducitatis, ſiue priuationis pœnam,c.84. 121
Alienans feudum abſq; licentia domini, cum clauſula, Saluo iure Domini, vel alia cautela, an euadat pœnam reconſtitutam, c.85. 122
Vaſallus alienans feudum ſine licentia domini, & conſtituens ſe nomine emptoris illud poßidere, nõ facta reali traditione, an in pœnam incidat amißionis feudi, c.86. 123
Vtrum vaſallus feudi amißione, ſeu priuatione dignus ſit, ſi annuum cenſum domino præſtare ceſſauerit,c.87. 124
Si vaſallus vltra fines dati feudi per errorem facti aliquid præſcripſerit, poſtea feudo ad dominum reuerſo, an etiam pars alterius præſcripta ad dominum pertineat, c.88. 126
Si vaſallus, cui datum eſt caſtrum in feudum abſq; iuriſdictione, acquiſierit iuriſdictionẽ ſuis ſumptibus & induſtria, an extinctione iuris ipſius feudi ad dominum reuertatur caſtrum cum iuriſdictione acquiſita,c.89. 129
Si vaſallus propter culpam feudum amittat, & ad dominum reuertatur, an quaſcunque meliorationes amittat, quæ per ſe conſiſtere non poſſunt, c.90. 128
Si meliorationis ſumptus à vaſallo factus liquidus non ſit, & dominus fideiuſſorem dare paratus ſit de ſumptibus ei facta liquidatione ſoluendis, poſſitne feudum vendicare.c.91. 129
Sitne feudum vaſallo tacite obligatum ob meliorationes in eo factas, c.92. 130
Meliorationis ſumptus, qui debet vaſallo reſtitui, feudo ad dominum reuerſo, ſitne ſecundum æſtimationem præſentis temporis reſtituendus, ſi forte maior æſtimatio eſſet ædificij ac meliorationis, quam ſumptus à vaſallo factus,c.93. 131
Si vaſallus ob crimen aliquod (feloniam appellant) feudo priuandus ſit, an fructus, ante ſententiam latam perceptos, reſtituere teneatur,c.94. 132

Feudo ob vaſalli mortem ad dominum deuoluto, quid ſit de fructibus illius anni ſtatuendum, c.95 134

Vtrum etiam penſiones fructus nomine contineantur in ſpecie capitis præcedentis, nimirum. d. §. His conſequenter. tit. Hic finitur lex Corradi, &c. c.96. 135

Rurſus de fructibus controuerſia proponitur vaſallo mortuo, & feudo agnatis aperto, ſitne eadem diſtinctio adhibenda, c 97. 136

Sitne Laudemium domino ſoluendum pro conſenſu præſtito alienationc feudi, c.98. 137

Alienans feudi partem abſq; conſenſu domini, an cadat à toto, c.99. 137

Poſſeſſorij quæſtio inter vaſallos de feudo, ſitne, corã ordinario iudice, vel coram feudi domino tractanda, c.100. 138

Si quæſtio ſit inter duos de feudo, & quilibet dicat ad ſe pertinere, negans alterum ius habere in feudo, an cognitio ad dominum ſpectet, vel ad ordinarium iudicem, c.101. 139

Qui ſint pares Curiæ Controuerſia vna, c.102. 140

Sententia ſuper feudo lata contra vaſallum feudi poſſeſſorẽ, an noceat agnatis, qui poſſeſſore mortuo ad feudum vocantur, c.103. ibid.

Cum vaſallus ipſo iure feudo priuatur ob feloniam, vtrum ſi moriatur, dominus poßit eius hæredi feudum adimere, c.104. 141

De feudi diuiſione Controuerſia vna, c.105. 143

LIBRI VIII.

DEfenſio l. inter claras. C. de ſumma Trinitate & fide Catholica aduerſus Franciſcum Hotomanum, c.1. 144

Defenſio Extrauagantis. Regimini, de emptione & vend. aduerſus diſputationem Franciſci Hotomani. lib.2. obſeru.c.15. c.2. 153

An fiſcus, Principes, Ciuitates, & Eccleſia Romana centum annorũ præſcriptione gaudeant, c.3. 155

Vtrum dos filiæ vnius ex ſocijs omnium bonorum, ſoluenda ſit ex bonis communibus, an vero diuiſionis tempore imputanda in partem patris, c.4 159

Poſſeßio quotuplex ſit, & an ſit facti vel iuris, c.5. 160

Poßitne cumulari petitorium & poſſeſſorium in eodem iudicio, & de vera interpretatione Legis, Naturaliter. §. Nihil commun. ff. de acquirenda poſſeßione, c.6. 162

Poßitne Princeps reſcripto ſuo cauſſam poſſeßionis & proprietatis ſimul cognoſcendam mandare, c.7. 164

Si de vi illata ſit quæſtio, & obijciatur, eum qui ſibi vim factam dicit, non poſſediſſe, an prius de vi, vel de poſſeßione cognoſcendum, c.8. 165

Agens interdicto recuperandæ poſſeßionis quid probare debeat, c.9. ibid.

Vtrum agenti interdicto recuperandæ poſſeßionis obſtet dominij exceptio, c.10. 167

Spoliato agenti contra ſpoliatorem interdicto recuperandæ, an obijci poßit exceptio alterius ſpoliationis ab ipſo factæ, c.11. 170

An contra tertium poſſeſſorem, qui bonam fidem, & iuſtum titulum habet, competat aliquod remedium recuperandæ poſſeßionis, c.12. 172

Vtrum agenti remedio recuperandæ poſſeßionis exceptio præſcriptionis obijci poßit, c.13. 178

Ad legem Vnicam. C. vti poßidetis, quis illorũ verborum ſenſus ſit, Satiſdationis, vel transferendæ poſſeſſionis, &c. c.14. 179

De duplici poſſeſſorio retinendæ, ſummario & ſummariſſimo. Et quis ſit iudex competens in cauſſa poſſeſſorij rei Eccleſiaſticæ, c.15. 175

Quod ſit probanda in interdicto, vti poſſidetis *poſſeßio, non per vnum teſtẽ duntaxat: Et quid iuris, ſi vterq; ex litigatoribus probauerit ſe poſſidere, c.16.* 178

Agenti interdicto retinendæ, an obſtet exceptio dominij, c.17. 180

Vſufructuarius vtrum naturaliter poßideat, c.18. 181

Quomodo acquiratur poſſeßio rerum corporalium: Et an infanti etiam acquiratur, c.19. ibid.

Quomodo rerum incorporalium quaſi poſſeßio acquiratur, c.20. 183

Quomodo amittatur poſſeßio, c.21. ibid.

De præſcriptione ſeruitutum realium, c.22. 184

De præſcriptione meri & mixti Imperij, c.23. 188

De iuris patronatus. Eccleſiaſtici præſcriptione, an laicis ſit conceſſa, c.24. 189

De præſcriptione ciuitatis, hoc eſt, an ciuitas præſcribere poßit rem alienam, quando ciues ab initio ſunt in mala fide, ſi illis mortuis, alij ciues bonã fidem habeant, c.25. 192

An bona fides in præſcriptione immemoriali neceſſaria ſit, c.26. ibid.

An mala fides defuncti noceat hæredi, quo minus, licet in bona fide ſit, præſcribat: Et quid ſi inuẽ-

tarium

tarium confeceris? c.27. 193
Error iuris an proſit ad præſcriptionem longiſsimi temporis? c.28. 194
Error iuris an proſit ad fructuũ acquiſit. c.29. 195
An titulus ad præſcriptionem neceſſarius ex longi tẽporis præſcriptione ſit præſumendus? c.30. 196
Vtrum is, qui ignorat ſe titulum habere neceſſariũ ad præſcribendum, valeat præſcribere, c.31. 198
Bona fides ad præſcriptionem neceſſaria, an præſumatur cũ poſſeſſor titulũ non habet, cap.32. 199
Præſcriptio temporis memoriam hominum excedentis, vtrum corruat, & vires ſuas amittat, ſi conſtet de titulo vitioſo & nullo, c.33. 201
An mala fides reſpectu vnius impediat præſcriptionem reſpectu alterius, c.34. 203
Ad l.3. & 5.C. finiũ regundorũ, vbi dè quinq; pedũ præſcriptione agitur, & ad l. vl. eod. tit. c.35. 204
Ad leg. Maioribus 3.C. commun. vtriuſq; iud. Et de diuiſione facta per ſortes, an reſcindi poſsit: Et an læſio vltrà dimidiam requiratur, vt diuiſio reſcindi poſsit? c.36. 205
An l. vlt. C. de SS. Eccleſ. vnum vel tria contineat priuilegia, c.37. 207
Vtrum in Eccleſiam, & pias cauſas, ac ciuitates, quibus hæreditas per fideicommiſſum reſtituenda eſt, tranſeant iura abſq; reali vel verbali reſtitutione, c.38. 209
Ad l.1. C. de ſacroſanctis Eccleſijs, c.39. 209
Sufficiat ne iuratoria cautio cum vſufructuarius ſatiſdare non poteſt, c.40. 212
De vſufructu earũ rerũ quæ vſu conſumũtur, qualis ab vſufruario præſtanda ſit ſatiſdatio, c.41. 213
Vtrum ei cui vſusfructus relictus eſt, earum rerum, quæ vſu conſumuntur, cautio à teſtatore remitti poſsit, c.42. 214
Cautio in vſufructu earum rerum quæ vſu conſumũtur, an ſit de ſubſtãtia vſusfructus? c.43. 215
Operis noui nunciatio manifeſtè iniuſta, an impunè cõtẽni poſsit ad l.1. ff. de noui ope. nũc. c.44. ib
AEdificans ſpreta operis noui nunciatione, an demoliri cogatur, cum litem ſuper negotio principali conteſtatus eſt, c. 45. 217
Ad l.3. §.1. & l. De pupillo §. Si plurium ff. de ope. no. nunc. c.46. 218
Ad l. Si prius ff. de oper. noui nunc. c. 47. 220
Ad l. vn. C. de oper. noui nunc. c.48. ibid.
Vtrum minor 25. annis reſtituendus aduerſus ſpretã operis noui nunciationem? c.49. 222
Ad l. Vn, ff. de remiſsionibus, c.50. 223
Vtrum fideiuſſor, qui in maiorem ſummam ſe obligauit, quàm deberetur à reo principali, teneatur ſaltem vſq; ad ſummam debitam, c.51. 224
An exceptio excuſsionis competens fideiuſſoribus ex Nouella Iuſtiniani, dilatoria ſit, & neceſſario ante litẽ conteſtatam proponenda? cap.52. 225
Excuſsionis exceptio an locũ habeat cũ cauſa ex bono & æquo, puta inter mercatores, vel corã arbitratore, vt vocãt, vel ſine ſtrepitu & figura iudicij ſola facti veritate inſpecta cognoſcenda eſt, 53. ib.
Si fideiuſſor obliget ſe vt principalẽ debitorẽ in ſolidũ, an beneficiũ amittat excuſsionis, c.54. 227
Vtrum confiſcatis bonis principalis debitoris conueniri poſsit fideiuſſor antequam fiſcus conuentus fuerit, c.55. ibid
Excuſsio principalis debitoris ſi facta ſit, & eo reperto non ſoluendo actum ſit aduerſus fideiuſſorem, cæterum iudicio pendente debitor factus fuerit ſoluendo, an creditori opponi poſsit, vt prius agat contra debitorem, c.56. 228
De fideiuſſore iudicatum ſolui in prima inſtantia dato, an teneatur ex ſententia lata à iudice appellationis, c.57. 229
Tutor vel Curator an condemnari & cogi poſsit, ad reddendam pecuniam pupilli, vel adulti, ante redditas rationes adminiſtrationis, c.58. 231
Proximiore agnato intra annum non petente tutorem dari pupillo, ac proinde à ſucceſsione eius excluſo, an reliquis agnatis hæreditas pupilli debeatur, ſi & ipſi tutorem non petierint, quaſi annus eius currere incipiat, c.59. ibid
Vtrum minori inuito dari curator poſsit, ad litem ſi actor ſit? c.60. ibid.
Geſta per falſum procuratorem, an poſt latam ſententiam ratificari à domino poſſint in ſui commodum & fauorem? c.61. 232
Vtrũ in abſolutione à iuramento ad effectum agẽdi requiratur partis aduerſæ citatio? c.62. 233
De poteſtate Principis circa tollendum ius quæſitum. c.63. 236
Vtrũ promiſsio facta præſenti & tacenti in eius cõmodum ſit pactum vel pollicitatio? c. 64. 239
Vtrum reſcripta ad lites ſint perpetua, an vero anno expirent? c.65. 240
Reſcriptum ab vno impetratum, an alijs proſit rem communem habentibus? c.66. 241
Donatio propter nuptias, an ipſo iure conſtituta videatur? c.67. 242
Si dos non fuerit ſoluta, an vidua lucretur donatio-

nem propter nuptias? c.68. 243

Filia quæ dote accepta renunciauit hæreditati paternæ, iux. c. Quamuis, de pactis, li.6 an propter enormem læſionem reſcindere eam renunciationem poßit, c.69. 243

An constitutio c. Quamuis, de pactis, l.6. locum habeat, cùm filia renunciat fratribus, non autem patri, c.70. 245

An filia quæ renunciauit paternæ hæreditati iuxta formam c. Quamuis de pactis, l.6. ſuccedat patri inteſtato morienti, c.71. 246

Pactum de hæreditate viuentis ſine eiuſdem voluntate & conſenſu, an iuramento confirmetur, c.72. 247

Filia an poßit agere ex promißione dotis marito facta per patrem, marito vita functo, c.73. 249

Si gener confeſſus fuerit ſe dotē à ſocero accepiſſe: deinde dotem ei ſocer promittat, an mortuo marito vxori actio competat contra hæredes ipſius, vt dotē reſtituant, an vero ij cedendo actionem contra ſucceſſores ſoceri liberentur, c.74. 250

Ad l.1. C. de dotis promißione, & ad l. Cum poſt §. Gener. ff. de iure dotium, c.75. 252

An fideiuſſores dotium dari poßunt, c.76. 255

Cōfeßio dotis receptæ à marito facta animo donādi an cōfirmetur iuramēto promiſſorio, c.77. 256

Confeßio dotis receptæ à marito animo donandi facta, qui dotem non accepit, an confirmetur iuramento aſſertorio, c.78. 258

Quid ſi confeßioni dotis receptæ accedat iuramentum aſſertoriū & promiſſoriū ſimul, c.79. 259

Confeßio dotis receptæ à marito facta conſtante matrimonio, & abſq; iuramento, an præſumatur facta ſpe futuræ numerationis, an vero animo donandi, c.80. 260

Quid ſi dotis promißio præcedat, poſtea ſequatur confeßio mariti de dote ſoluta, an valeat & opponi poßit exceptio non numeratæ dotis, cap. 81. 263

Quid ſi poſt confeßionem dotis receptæ à marito factam lapſa ſint tempora opponendi exceptionem ſeu querelam proponendi de dote non numerata, c.82. 264

Si ignobilis vir vel ſenex duxerit vxorē nobilē vel diuitē, & ſe dotem accepiſſe confeſſus fuerit: quid de eiuſmodi confeßione ſtatuendum, c.83. 265

Quid ſit de confeßione dotis receptæ ſtatuendū conſtante matrimonio facta adiecta exceptione exceptionis non numeratæ dotis, c.84. 267

Si maritus poſt contractum matrimonium confeſſus ſit, ſe dotem accepiſſe ab alio, quam à muliere an præſumatur, vere numerata an vero competat exceptio dotis non numeratæ, c.85. 268

Confeßio dotis receptæ à marito facta, an præiudicet creditoribus, poſt elapſum tempus opponendi exceptionem dotis non numeratæ, c. 86. ibi.

Si præcedat dotis promißio, deinde confeßio dotis receptæ à marito fiat, an etiam creditoribus præiudicet, vt non poßint exceptionem opponere dotis non numeratæ, c.87. 271

Ad l. Quoties. C. de donationibus, quæ ſub modo, &c. c.88. ibid.

Poßitne dator pactum vel modum donationi adiectum in fauorem alterius, ad libitum reuocare, etiam ab inuito, c.89 272

Ad l.1. C. de donationibus quæ ſub modo, & ad c. Verum de conditio. appo. de donatione in Eccleſiam collata ſub modo vel cōditione, c. 90. 274

An per ſtipulationem notarij contractibus adhibitam, acquiratur aliquod ius abſenti ante ratihabitationem, c.91. 275

De Saluiano Interdicto Controuerſia, an competat extra cauſſam locationis & conductionis, ſicut hypothecaria actio, c.92. 276

An excußio principalis debitoris præcedere debeat, antequam Saluianum interdictum aduerſus extraneum poſſeſſorem intendatur, c. 93. 277

Reductio ad arbitrium boni viri, apud quem petenda, c.94. 278

Intra quod tempus ſit petenda reductio ad arbitriū boni viri, à ſententia arbitratoru, cap.95. 279

Vtrum appellari poßit à ſententia iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri, c. 96. 280

Emphyteuſi alicui conceſſa & filijs, an veniant fœminæ, c.97. 282

Emphyteuſim non Eccleſiaſticam ſi quis ſtipuletur filijs ſuis, an etiam filijs naturalibus ſtipulatus videatur, c.98. 283

Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non ſoluit, an præſcriptionem allegare poßit, ne in futurum ſoluere cogatur, c.99. 284

Debitor certæ rei an liberetur eius interitu poſt moram: & primo in obligatione deſcendente ex maleficijs, c.100. 286

Quid ſtatuendum in alijs obligationibus quæ non ex maleficijs deſcendunt, an debitor poſt moram re perempta, ſimpliciter liberetur: an verò cum diſtinctione, an res fuerit peritura, c. 101. 287

Iura-

Iuramentum metu extortũ an obliget, c.102. 291
Vtrum Eccleſia in integrum reſtituatur aduerſus præſcriptionem 40. annorum, c.103. 292
Vtrum minor 25. annis aduerſus contumaciam reſtitutus expenſas reſtituere aduerſario teneatur, c.104. 293
Excuſſio debitoris principalis an requiratur antequam hypothecaria contra poſſeſſores agatur, quando res ſpecialiter ſunt hypothecæ ſuppoſitæ, c.105. 295
Ad l. Cũ quis. C. de iuris & facti ignor. c.106. 296
Iuris ignorantia ſitne latæ culpæ adſcribenda. cap. 107. 297

LIBRI IX.

EXaminatur quid ſtatuendum cum criminibus variæ ac diuerſæ pœnæ conſtitutæ alijs atq; alijs legibus ſunt, c.1. 299
Actio ciuilis & criminalis an & quando ſimul cumulari poſſint, c.2. 302
Furioſus ſi quis efficiatur poſt commiſſum delictum, poſſitne puniri, c.3. 303
Si quis aliquem teſtari prohibuerit, qua pœna ſit afficiendus, c.4. 304
Quatenus actiones ex delictis deſcendentes in hæredes dentur, c.5. 305
An tortura purget veras ac legitimas probationes, c.6. 307
Actio iniuriarum ex lege Cornelia, an ſit annalis vel perpetua, c.7. 308
Annus quo iniuriarum actio finitur, quando incipiat, c.8. 309
Iniuria per ſcripturam facta, an poſt annum actione propoſita vindicari poſſit, c.9. 310
An veritas conuitij excuſet iniuriantem à pœna, c.10. ibid.
Quid ſi libello famoſo crimen alicui verum obijciatur, quod publicè expediat notum eſſe: an is qui libellum infamandi cauſa ſcripſit, pœna condemnandus ſit capitali, c.11. 311
An liceat verbis prouocato reſpondere conuicium falsò dicenti, Tu mentiris, c.12. 312
Excipiens contra teſtes in iudicio quod ſint falſarij, improbi, criminoſi, &c. & non probans, an teneatur actione iniuriarum, c.13. 314
In accuſatione vel inquiſitione de crimine falſi, an ſit neceſſe locum & tempus adijcere commiſſi delicti, c.14. 315
Quæ ſint legitima indicia ad inquiſitionẽ ſpecialem de crimine cõtra aliquẽ inſtituendã, c.15. 316
Sitne reus definitiuè abſoluẽdus, quãdo crimẽ ab eo cõmiſſum fuiſſe iudici probatũ nõ eſt, c.16. 317
Gratia delinquenti à Principe conceſſa, an ad bona extendatur confiſcata, c.17. 318
Reſtitutus in integrũ gratia Principis, an recuperet pretiũ bonorum à fiſco alienatorum, c.18. 319
Vtrum fur puniri poſſit alibi quàm in loco delicti, ſi reperiatur cum rebus furto ſubtractis: an vero remittendus ſit ad locum delicti, c.19. 320
Poſſitne magiſtratus inquirere de crimine eius, qui ſubditus eſt, ratione originis vel domicilij, alibi tamen commiſſo, c.20. 321
Vtrum magiſtratus loci domicilij, qui reum criminis condemnauit, remittere eum teneatur ad magiſtratum eius loci, in quo delictum commiſſum fuit, vt ab eo puniatur, c.21. 322
Remiſſio delinquentis ad iudicem loci vbi delictum commiſit, poſſitne fieri ac peti à iudice, qui nullam in reum iuriſdictionem habet, vbi omnes iudices ſunt ſub eodem Principe, c.22. 323
Sitne remiſſio delinquentis facienda, cum iudex requirens petenſq; fieri remiſſionem, & requiſitus diuerſi ſunt imperij & Principatus, c.23. 324
De vagabundo, an debeat remitti ad locum delicti, cap.24. 325
Mandans delictum fieri, an ſit puniendus in loco in quo mandatum dedit, an in loco, in quo delictum eſt commiſſum à mandatario, c.25. ibid.
Poſſitne quilibet iudex punire teſtem coram ſe falſum deponentem, c.26. 326
An clericus falſum teſtimonium dicens coram ſeculari iudice, puniri ab eodem poſſit, c.27. 327
An clericus qui dimiſſo habitu clericali immiſcet ſe enormitatib. puniri poſſit à ſeculari iudice, quãuis à Prælato ſuo non fuerit ter monitus, c.28. ib.
Clericus propter enormiſſimum crimen an ſit degradandus, & tradendus curiæ ſæculari, licet incorrigibilis non ſit, c.29. 329
Vſurarum crimen an ſit mere Eccleſiaſticum, an vero mixti fori, c.30. 331
De clerico & laico ſimul crimen committentibus, an ab Eccleſiaſtico iudice ambo puniendi ſint, & iudicandi, an quilibet à ſuo iudice, c.31. 332
Pœna inſtitutæ in l. Quiſquis. C. ad l. Iul. Maieſt. an locum habeat in eos qui Principes inferiores offendunt, c.32. 335
Quando ob crimen læſæ Maieſtatis defuncti memoria damnari non poſſit, c.33. 334
In caſibus in quib. ob crimen læſæ Maieſtatis defũcti memo-

memoria damnari non poteſt, an publicari bona poſsint? c.34. 335

Controuerſia inter Dynum & Bartolum, an ob crimen læſæ Maieſtatis ipſo iure bona confiſcentur? c.35. 336

Vtrum hæreditates quæ filijs rebellium deferuntur fiſco applicentur? c.46. 338

Defuncto delinquente ante ſententiam confeſſo, vel conuicto de crimine, an contra ſucceſſores eius bona confiſcari poſsint? c.37. ibi.

Ad l. Si diutino. ff. de pœnis, vtrum pœna ſit minuenda, vbi à patrato ſcelere multum temporis interceſſit, c.38. 340

Condẽnatus in contumaciã vigore ſtatutorũ, quibus contumax pro confeſſo & conuicto habetur, an ſit admittendus ad nouas defenſiones? c.39. 341

Stante ſtatuto vt contumax in delictis pro confeſſo & conuicto habeatur, vt condemnari poſsit, quæ probationes requirantur? c,40. 342

Vtrum etiam minor 25. annis comprehendatur in ſtatuto quo, vt cõtumax in delictis habeatur pro cõfeſſo & cõuicto, & condẽnari poſsit, c.41. 344

Pater an poſsit iniuriam filiofamil. factam remittere eo inuito, c.42. ibid.

Poſsitne minor 25. annis cum authoritate tutoris vel curatoris pacem facere, abſq; decreto iudicis, c.43. 345

Vtrum pace rupta à minore 25. annis, quam iniuit cum authoritate curatoris, pœna committatur per ſtipulationem promiſſa, c.44. 346

An iudex cuius arbitrio pœna remiſſa eſt, mortis pœnam imponere poſsit, c.45. 347

Plura delicta eiuſdem generis eodem tempore commiſſa puta plures percuſsiones, an ſint pluribus coercenda pœnis, c.47. ibi.

Confiſcatis bonis filijfam. propter delictum, an etiam peculium aduentitiũ confiſcetur, c.47. 348

Quid ſi tale ſit peculium aduentitium, vt vocãt filij fam. in quo nullũ pater habeat vsũfr. an veniat in bonorum confiſcatione filijfam. ca 48. 350

De caſtrenſi peculio filijfam. an veniat in confiſcationem bonorum, c.49. ib.

Publicatis ob delictum patrisfam. bonis, an publicetur vſusfructus quem habet iure patriæ poteſtatis in bonis filij, c.50. 351

In bonorum confiſcatione ob delictum ſecuta, an bona futura comprehendantur, c.51. ibid.

Stante ſtatuto quo pater tenetur ex delicto filij condemnati vſq; ad legitimam portionem, an id procedat cum filius in contumaciam condemnatus eſt, c.52. 352

Emphyteuſis Eccleſiaſtica, quæ ex pacto tranſire poteſt, ad extraneos heredes, an in confiſcationem bonorum veniat, c.53. 353

De confiſcatione bonorum ob delictum quanto temporis ſpatio exceptione præſcriptionis oppoſita euitari poſsit, c.54. 354

An in criminib. Iudex poſsit incipere à captura perſonæ nullis præcedentibus indicijs, c.55. 355

Quæ ſint inditia legitima ad capturam rei in criminibus, c.56. 356

An iudex teneatur actione iniuriarum, ſi aliquem iniuſtè in carcerem coniecerit, c.57. ibid.

An hoſti ſit fides ſeruanda à priuatis data, c.58. 357

Saluus conductus à principe conceſſus ex bannitis, ob grauiſsima delicta, ſit ne ſeruandus, c.59. 358

Frangens fidem publicam, hoc eſt, offendens eum qui à Principe ſaluum conductum habet, an incidat in crimen læſæ maieſtatis, c.60. 359

An poſsit iudex vt reus delictum fateatur, impunitatem ei promittere, & poſtea confeſſum condemnare, ac punire, c.61. ibid.

Iudex an poſsit concedere ſaluum conductum bannito vel condemnato, c.62. 360

Si iudex conceſſerit ſaluum conductum ex bannito ſeu condemnato, cum de iure non poſſet, an ſeruare fidem teneatur, c.63. 361

An effringẽs carceres pœnã mortis incurrat, 64. ib.

Fugiens ex carcere effracto, an videatur fateri delictũ, & tanquã confeſſus ſit dãnandus, c.65. 362

Controuerſia circa conciliationem l. 1. ff. de Effractoribus & l. in eos ff. de cuſtod. & exhib. reor. de fugiente ex carceribus, c.66. ibid.

In pœnam in eos conſtitutam qui fracto carcere euadunt, an incidant ij, qui in Palatio aut alio certo loco detenti oſtio perfracto effugiunt, cap. 67. 363

Fideiuſſor de tuto carcere, vt vocant, ſub pœna, an incidat in pœnam ſi principalis aufugiat eo caſu quo iniuſtè detinebatur, c.68. ibid.

Quæ ſit pœna eximentis iuſtè detentum in carcerib. ex cauſa criminali, c.69. 364

Eximens iniuſtè captum vel in carceribus detentum an puniendus ſit, c.70. 365

Pœna fracti carceris, an teneatur is qui iniuſtè coniectus in carcerem fugit, c.71. ibid.

Sola fractura carceris abſq; conſpiratione, an capitali ſit pœna coercenda, c.72. 366

Lictores

Lictores qui ex mandato iudicis aliquē iuſte capiūt, an poßint reſiſtentem impune occidere, c. 73. ib.
An impune liceat lictoribus publicis vulnerare, vel occidere malefactorem fugientem ne capiatur, ſi aliter eum capere non poſſunt, c. 74. 367
Fideiuſſor ſub certa pœna de præſentando reum, an incidat in pœnam, quando reus ob aliam cauſam accuſatus eſt, ſed nondum condemnatus, c. 75. ibi.
Fideiuſſor qui promiſit reum præſentare ſub pœna toties, quoties à iudice fuerit requiſitus, an pœnam incurrat, ſi reus in carcerem coniectus aufugiat, c. 76. 368
Fideiuſſor qui intra certum tempus ſub pœna promiſit reum præſentare iudici, an incidat in pœnam ſi non præſentauerit, cum interpellatus non fuit ad præſentandum, c. 77. ibid.
Fideiuſſor de reo præſentando toties, quoties fuerit requiſitus, an liberetur bina præſentatione facta, cap. 78. 369
Inſtrumentū ſi falſum eſſe probetur in aliqua parte an in totum præſumatur eſſe falſum, c. 79. ibid.
Vtrum fiſcus in integrum reſtituatur ſicut minores 25. annis, c. 80. 371
An fiſcus in pœnalib. reſtituatur in integrū c. 81. ib
Vtrum ſola inimicitia cum occiſo ſit ſufficiens indicium ad torturam, c. 82. 372
Vtrum frater admittendus ſit in teſtem pro fratris ſui defenſione in cauſis criminalib. c. 83. ibid.
Teſtis ſi in iudicio ex interuallo temporis contraria depoſuerit, an ſit credendum priore vel poſteriori depoſitioni, c. 84. ibid.
Teſtis ſi contrarium teſtimonium dixerit in iudicio ei, quod extra iudicium dixerat, cui ſit fides habenda, c. 85. 373
Vtrū ſciens coniuratione̅ contra Principe̅ vel Rēpub & eā non reuelans puniendus ſit, c. 86. 374
Maleficorum bona ſint ne confiſcanda, c. 87. 375
Teſtimonium Socij criminis, an faciat iudicium ad inquiſitionem in caſibus non exceptis, c. 88. 377
Mendacium rei examinati, an ſit indicium ad torturam ſufficiens, c. 89. ibid.
Aſſertio vulnerati in articulo mortis, an faciat indicium ad torturam, c. 90. 378
Stāte ſtatuto quo fur propter tria furta ſuſpendi iubetur, an ſi cōmittat vnum tantū furtū, ſed magnum, eadem pœna plectendus ſit, ca. 91. 379
Vtrum fures qui de ſe confeßi ſunt poßint interrogari de ſocijs, c. 92. ibid.
Homicida ex propoſito & animo deliberato, an gaudeat Eccleſiaſtica immunitate, c. 93. 380
Quid ſit merum imperium, c. 94. 382
Quid ſit mixtum imperium, c. 95. 383
Quid ſit iuriſdictio, c. 96. 386
Quæ ſit ſententia l. 1. ff. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd. c. 97. 387
An mixtum imperium delegari poßit, c. 98. 388
An merum imperium iure canonico delegari poßit, c. 99. 389
Quæ ſit pœna abacti partus, c. 100. 390
Quæ ſit pœna ſtupri violenti, c. 101. ibi.
Sitne vis publica cum quis alium armatus aggreditur, c. 102. 391
De methodo ſeruanda in iure Ciuili perdiſcendo de interpretum & doctorū delectu, & de alijs quæ in eo ſtudio vtilia ſunt & neceſſaria, c. 103. 392

LIBRI X.

Vtrum Eccleſia in integrum reſtituatur aduerſus præſcriptionem quadraginta annorum, c. 1. 398
Vtrum minor vigintiquinq; annis aduerſus contumaciam iudicialem reſtitutus, expenſas aduerſario reſtituere teneatur, c. 2. ibid.
Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem hæreditatis, c. 3. 400
Quæ ſit pœna abacti partus, c. 4. 401
Sitne vis publica cum quis armatus alium aggreditur, c. 5. 402
Quæ ſit pœna ſtupri violenti, c. 6. 403
Vtrum vidua poßit petere vſuras dotis mora commiſſas ab hæredibus viri, c. 7. ibi.
An vſuræ donationis propter nuptias viduæ poſt moram debeantur, c. 8. 404
An vſuræ dotis longo tempore non exactæ præſumantur remiſſæ, c. 9. 405
Excußio principalis debitoris an requiratur, cum quis agit hypothecaria contra poſſeſſorem rei ſpecialiter obligatæ, c. 10. ibid.
Ad legem cū quis C. de iuris & facti ign. c. 11. 406
Iuris ignorantia an ſit lata culpa, c. 12. 407
Ad l. Petens C. de Paǔu. c. 13. 408
Ad l. ſi ſuperſtite C. de dolo, c. 14. 410
Teſtam. metu factū, an ipſo iure valeat, c. 15. ibid.
Ad le. 2. C. de his quæ vi metuſue cauſa fiūt, 16. 411
De teſtamento facto ad alterius interrog. c. 17. 412
Ad l. Centurio C. de vulgari & pupillari ſubſtitutione, c. 18. 413
Fideicommiſſum reſultans ex prohibitione alienationis

*tionis iuncta cauſa,*quia volo bona conſeruari in agnatione, *an reſtringatur ad terminos ſubſtitutionis præcedentis,c.19.* 415
Fideicommiſſum conditionale, an transmittatur ad filios præmorientis patris ante euentum conditionis,quando filiorum teſtator rationem habuit,ponendo eos in conditione,c.20. 416
De fideicommiſſo conditionali vnito cum iure accreſcendi,an transmittatur,c.21. 412
Vtrum pupillaris tacita contineatur in vulgari expreſſa matre viuente, licet non habeat effectum contra matrem,c.22, 417
Vtrum compendioſa ſubſtitutio verbis cõmunibus facta filio impuberi,ſine temporum diſtributione,ſit omni tempore fideicommiſſaria,c.23. 419
Dos promiſſa,an ſit proprie dos,c.24. 420
Statutũ excludens filiam dotatam à ſucceßione patris,ſtantibus maſculis,an locum habeat, ſi filia in teſtamento patris dos relicta fuerit,c.25. 422
Statutum loquens de dote data,an locum habeat in dote promiſſa,c.26. ibid.
Vtrum ſoluto matrimonio dos proprie dicatur, antequam ſit ab vxore recuperata,c.27. 423
Dos recuperata,an dotis nomen retineat,c.28. 425
Statutum diſponens mulierem non poſſe teſtari,niſi de tertia parte dotis,vel mandans eam de dote teſtari æqualiter inter liberos primi & ſecundi matrimonij,an locũ habeat in vidua,c.29. 425
Vtrum maritus putatiuus habeat legis beneficium, vt non teneatur,niſi in quantum facere poteſt, c.30. 427
Vtrum dos ſit ius vniuerſale,c.31. 427
Libellus generalis vtrum in dote procedere & admitti debeat,c.32. 428
Si duo inſtrumẽta hypothecæ proferãtur eodem die contracta,vnũ fiſci,alterũ priuati ex titulo oneroſo,vtrũ in dubio præſumatur primũ,c.33. 429
Quid iuris,cum inter mulierem de dotis hypotheca agitur, & fiſcum, in ſpecie propoſita in capite præcedenti,c.33. 431
Priuilegium dotis tacitæ hypothecæ,& prælationis an tranſeat ad mulieris hæredes,vel ad patrem, vel ad ceßionarium,c. 34. ibid.
Vtrum mulier pro dote hypothecam habens in bonis viri ſui,præferatur creditoribus anteriorem hypothecam expreſſam habentibus,c.35. 432
Dotis cauſa an poßit dieb. feriatis cognoſci,36. 434
Vtrum cauſa dotis ſit mixti fori,cum principaliter agatur,c.37. 435
Vtrũ pater dotare teneatur filiã diuitẽ,c.38. ibid.
An lex vlt.C.de dot.promiſſ.locum habeat,vbi filia renunciauit maternis & paternis bonis,& quãdo pater dedit illi dotem computato omni eo, quod habere debet ex bonis maternis,c.39. 436
Vtrum auus paternus dotare teneatur nepotem, quando filius eſt diues,c.40. 437
Ad l.Gallus,in principio ff.de liberis & poſthumis, cap.41. 438
Poſthumus Galli Aquilij, fueritne ſuus, alienus, c.42. 441
Quo pacto teſtamentum, quo nepos inſtituitur ſecundum formam Galli,præmoriente filio, caducum non fieret,c.43. ibid.
Ad §.Et quid ſi tantum l.Gallus de lib. & poſthum. Controuerſiæ omnes:quarum prima, quo pacto verum ſit,quod Gallus dicit,hos caſus non pertinere ad legem Velleiam;ſed hæc ex ſententia legis Velleiæ admittenda,c.44. 442
Secunda controuerſia,quis ſit ſenſus. §. Et quid ſi tantum l.Gallus,de liber.& poſth.c.45. ib.
Tertia Controuerſia,vtrum filio iuſte exheredato, nepos ex eo præteritus. rumpat teſtamentum,vel teſtam.nullum ſit,c.46. 445
Quarta Contr.vtrum ſi filius fiat monachus,locum habeat quod dicitur in l.Gallus,c.47. 446
Quinta Controuerſia,Teſtator legauit vxori vſumfructum donec vidua fuerit : poſt eius mortem Sempronium ſubſtituit:mulier tranſiuit ad ſecundas nuptias:quæritur an Sempronius ſtatim admittatur,non expectata morte vxoris,an verò demum ſecuta morte ipſius,c.48. ibid.
Diuiſio rei emphyteuticæ an poßit fieri inter Emphyteutas conſenſu Domini, ſi noua ſit Emphyteuſis,in qua iuri accreſcendi locus non ſit,& vnĩ tota res adiudicetur per diuiſionẽ, c.49. 447
Vtrum emphyteutæ plures poßint rem Emphyteuticã inter ſe alienare Domino irrequiſito,c.50. 449
Emphyteuſi duob. conceſſa ea lege,vt vno mortuo eius portio ad alterum pertineat,ſi fiat diuiſio inter eos,& alter alteri renunciet omne ius quod ſperat in alterius portione, & poſtea contingat alterũ abſq; liberis mori,an ſuperſtes admittat. ad illius portionẽ.vel Dominus directus,51. 450
Vtrum legatarius vel fideicõmiſſarius ſcienter emens rem fideicommiſſo ſubiectam mortuo teſtatore,videatur fideicõmiſſo renũtiare,52. 451
Si pœna rei indiuiduæ adijciatur facto indiuiduo vel diuiduo,vno ex hæredibus contrauenientε,

quomodo

quomodo committatur,c.53. 454
Obligatio de defendendo.ſitne diuidua vel indiuidua,c.54. 455
Ad l.Cum à matre. C.de rei vendic. vtrum filius heres pro parte matris vendentis rem ipſius,eam vendicare poßit,c.55. 457
In ſtipulationibus pretorijs vno ex heredibus promiſſoris contrauenıente, vtrum aduerſus omnes pœna committatur,c.57. 458
Si quis promiſerit non offendere Titium, nec heredes eius,ſub pœna: & vnus ex heredibus fuerit offenſus,an pœna in ſolidũ committatur,hoc eſt, an offenſus eã in ſolidum petere poßit,c.57. 458
Statuto ſtante,vt homicida capite plectatur, niſi pacem habuerit ab heredibus occiſi, an ſufficiat habere pacẽ à maiori parte heredũ,c.58. 460
Vtrum creditor inuitus cogatur accipere particularem ſolutionem,c.59. ibid.
De Regulis cognoſ.an facta ſint indiuidua,60.462
Teſtator reliquit mille in conſtructionẽ Eccleſiæ, & reliquit quatuor heredes,vtrum obligatio ſit indiuidua,vt ſinguli teneãtur in ſolidũ c.61.463
Conciliatur Lex,Et ideo,de vera.oblig.cum l. maritus.ff.locati:& l.mora.§.pen.ff.de vſuris, cũ l.penult.ff.de duob.reis,c.62. 464
Explicatur materia diuidui, & indiuidui propoſitis concluſionib.breuiori & faciliori via,c.63.465
Vtrum Authent.hoc niſi C.de ſolut. locum habeat in debitore qui iurauit c.63. 466
Singularis quædam obſeruatio de fideiuſſore adhibito in contractu cenſuali,c.74. 477
Ad l.vſuræ,C.de vſuris,c.65. 478
De omittente ſcienter ponere in Inuentario omnia bona defuncti: & de legitimato per reſcriptum, an excludat ſubſtitutum.& ad c.52.li.9.& ad c.36.l.3.c.66. ibi.
Conſenſus Pontificis Maximi in alienationib.rerũ Eccleſiaſticarum neceſſarius,an præſumendus ſit interceßiſſe ſpatio triginta vel quadraginta annorum.c.67. 478
De Emphyteuta,an poßit donare irrequiſito Domino,c.68. 479
Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem hæreditatis,c.69. 480
An in præteritione paterna filij in poteſtate, locum habeat Auth Ex cauſa C.de lib.preter. & in corpore vnde ſumitur,c.70. 484
Legitimati per ſubſequẽs matrimoniũ an excludãt ſubſtit.ſub conditione,ſi inſtitut.deceſſerit abſq; filijs de legitimo matrimonio natis.c.71. 485
Ad Auth.Præter C.vnde vir,& vxor.c.72. 486
De pacto legis commiſſoriæ in pignoribus, an iuramento firmetur,c.73. 487
De argumento à ceſſante ratione legis,quædam non vulgaria,c.74. 486
Ad l.4.§.Cato,de verb.obli.cap.75. ibi.
Ad eundem §.Cato l.4.de verb.obl.c.76. 489
Ad eundem §.Cato l.4.de verb.obl.c.77. 490
Vt pœnalis promißio ſit.an oporteat eſſe promiſſum expreßim,nomine pœnæ,c.78. 491
De verbo,Conuenit,in ſcriptis redacto, an importet ſtipulationem,c.79. ibid.
Exceptio rei iudicatæ in iudicio ſummario, an obſtet in ordinario,c.80. 492
Sententia lata in iudicio ordinario,an poßit in alio iudicio retractari,c.81. 493
De eadem materia,& ad l.vendicantem,cum l.ſequenti.de euiction.c.82. ibidem
Sentẽtia lata ex falſa cauſa,an ſit nulla,c.83.494
Conciliatur l.Qui Romæ§.Duo fratres.de verb.obl. cum l.Reſcript.§.ſi pacto.de pactis,c.84. ibi.
Ad §.Aeque.Inſt.de action.c.85. 496
Concluſiones ex Bartoli cõbinationibus,ad l.Naturaliter.§.Nihil cõmune.de acq.poſſ.c.86. ibid.
Ad Tit.in ius vocando,quædã controu.c. 87.498
Nouer.an poßit in ius abſq; venia vocari c.88.499
De vaſallo, an poßit in ius vocare dominum ſine venia,c.89. 500
Ad l.Centurio de vulg.& pupil.circa verba illa, cũ fructib.inuentis in hæreditate,c.90.ibid.
Iudæus,an poßit moram purgare,c.91. 503
Sententia delegati iniuſta,an tranſeat in rem iudicatam,c.92. ib.
Promittens parere arbitri ſentẽtiæ,ſub pœna, ſi pateat reductionẽ ad arbitriũ boni viri, & iniuſte ſuccũbat,an teneatur ſoluere pœnã,c.93. 504
Ius Patronatus an tranſeat in fideicommiſſarium c.94. 505
Si duo ſint heredes Patroni A,& B,& A,moriatur relictis 5.heredibus, quorũ duo præſentent vnũ, ſimul cũ B,alij vero tres præſentẽt alium,ad ius Patronatus,vtrum vota ſint æqualia.c.95.506
Conciliatur l.ſi vnus §.Pactus de Pactis,cum l.Stichum §.Naturalis.ff.de ſol.c.96. ibid.
Contumacia procuratoris in appellando, an noceat Domino,c.97. 507
Ad Extrau.Ambitioſæ.De rebus Eccleſiæ non alienandis,c.98. ibidem

An legitima filiorum includatur in legato vſuſfr. omnium bonorum mortuis filijs, & hæreditate deueniente ad ſubſtitutos pupill.c.99. 508
De clauſula, Omni meliori modo, *an transfundat actum in aliam ſpeciẽ,c.*100. 509

LIBRI XI.

De venatione, an principibus eam interdicere liceat,c.1.p. 511
*An princeps ſolutus ſit legibus,*2. 512
An rigor ſit præferendus æquitati, 3. 513
*Vtrum petitio hæreditatis detur contra titulo poſſidentem, titulo quæſito poſt mortem eius, de cuius hæreditate agitur,*3.4. 513
*De tertio comparente appellante,*5. 514
An opponens compenſationem videatur debitum fateri, 515
*De compenſatione de ſpecie ad quantitatẽ,*6.7. 515
An in contractibus innominatis pœnitentia ſit locus iure Canonico,8. 516
De iure offerendi, an creditoribus competat, vbi anteriori creditori facta eſt adiudicatio per ſententiam iudicis, 9. 516
*De muliere vindicante rem dotalem, an ei poſſeſſor dotem in pecunia offerre poßit, vbi res fuit æſtimata,*10. 517
*Tertius poſſeſſor conuentus hypothecaria actione, an liberetur offerendo æſtimationem rei quam poſſidet,*11. 518
*Quid ſtatuendum, ſi tertius poſſeſſor ſumptus & meliorationes in rem fecerit, an poßit hypothecaria actione conuentus offerre æſtimationem rei detractis meliorationibus,*12. 519
An poſſeſſori conuento à creditore ex remedio l. fin. C. de acquir. poſſ. competat ius offerendi, 13. 520.
*An mulieri, agenti conſtante matrimonio ad dotis in tuto collocationem offerri poßit pecunia à creditoribus mariti,*14. 521
*De Intereſſe lucri ceſſantis, an in contractibus debeatur poſt moram,*15. 521
An ſententia ſub conditione reſolutiua ſit valida, 16.522.
Vtrũ ſentẽtia ſub cõd extrinſeca lata valeat 17.523
*An valeat ſententia lata ſub conditione intrinſeca reſpiciente tempus præteritum, vt puta ſi probatum ſit,*18. 523
*An valeat ſententia lata ſub conditione intrinſeca reſpiciente tẽpus futurũ, puta ſi probab.*19. 524
*Vtrum emphyteuſis conceſſa pro filijs & deſcendentibus comprehendat fœminas,*20. 525
*An emens ab Eccleſia teneatur ſtare colono,*21.526
Qualiter læſio cõſideretur in arbitramẽto, 22.526
*De melioramentorum æſtimatione in rebus fideicommiſſo ſubiectis,*23. 527
*An l. ſi quis argentum, §. fin. C. de donat. locum habeat in pacto de donando,*24. 528
*Deſcendentium per lineam maſculinam appellatione an veniant fœminæ,*25. 529.
*Vtrum poſt concluſum in cauſa poßint produci inſtrumenta de nouo reperta,*26. 530
An in caſu l. admonendi, de iureiur. opus ſit reſtitutione in integrum, vt ſententia retractari poßit propter inſtrumenta de nouo reperta, 27. 531
De abſolutione ab obſeruatione iudicij, 28. 532
*De ſyngrapha recognita ab eo, qui ſcripſit, negante tamen contenta in ea vera eſſe,*29. 532
*De priuata ſcriptura, quam teſtes recognoſcunt, qui fuerunt præſentes, non tamen ſubſcripſerunt, an faciat fidem,*30. 533
*De priuata ſcriptura non recognita, an aliqua fidem faciat,*31. 533
*An liber rationum probet contra ſcribentẽ,*32.534
An liber ſcribentis probet pro ſcribente in connexis, 33. 535
An liber priuatus probet pro tertio contra tertium, 34. 535
An epiſtola negata, & non recognita per comparationem literarum plenam fidem faciat, 35. 536
*An inſtrumentum confectum inter duos probet contra tertium,*36. 536
*An confeßio facta, abſente parte, probet de iure Canonico,*37. 537
*An inſtrumentum probet, ſi non reperiatur Originale,*38. 537
*De intereſſe lucri ceſſantis, quid ſit probandum ab eo, qui illud petit,*39. 538
*Vbi res debita eſt perempta poſt moram debitoris, quæ ſit praxis ſeruanda,*40. 539
*Ad l. quod te. ff. ſi cert. pet. an debitor teneatur, ſi culpa deſierit rem habere in poteſtate,*41. 539
*De mutatione monetæ additio ad alias ſcripta ab eodem auctore,*42. 540
De duplici mandato facto in eadem perſona, an vnum per alterum reuocetur, 43. 541
Ad l. ſingularia, ff. ſi cert. pet. 44. 541
An tutor poßit ſibi ipſi mutuari pecuniam pupilli 45. 542

An

An tutor poſſit ſibi ſoluere pecuniam, quam patri pupilli mutuauit, 46. 543

Vbi ſtipulatio ſequitur poſt numerationem pecuniæ, an oriatur actio ex ſtipulatione, vel ex numeratione, 47. 544

De venditione rei eiuſdem bis facta, 48. 545

An mutuum contrahi poſſit, vt vna res detur pro alia, vtputa frumentum pro vino, 49. 546

Ad l. rogaſti, ff. ſi certum petatur. 50. 546

An per commixtionem dominium pecuniæ amittatur, & non aliarum rerum, 51. 547

Ex præcedenti controuerſia infertur ad aliam de ludo, 52.. 548

Si mãdauero Titio debitori meo, vt ſoluat Sempronio creditori meo: & Titius promiſerit ſoluere Sempronio, an ego ſim liberatus, 53. 548

An delegatio poſſit fieri à debitore creditori ſuo alterius quàm debitoris ipſius delegantis, 54. 549

An Inſtrumentum reddatur falſum, ſi Notarius ſcripſerit, Titium pecuniam dediſſe & numeraſſe: teſtes autem deponant, nullam interueniſſe numerationem, 55.. 549

An poſſeſſio ſeu quaſi transferat onus probandi contrarium in ſeruitutibus, 56.. 551

Stante ſtatuto, quod de percuſſionibus ſanguinolentis non poſſit fieri pax; ſi quis aliquem impulerit ad terram, & ex impulſu colliſo capite ad lapidẽ ſanguis exierit, an ſtatutũ locũ habeat; 57. 552

Stante ſtatuto; quod de quolibet inſtrumento debiti ſoluatur gabella, an ſit ſoluenda à debitore, vel à creditore: item ab emptore, vel venditore, 58.. 554

Stante ſtatuto, de quo dictum eſt in præcedenti capite, an gabella ſit ſoluenda à creditore, vel à debitore in contractu mutui, vel commodati, 59. 555

Cur actiones in rem ſcriptæ dicantur perſonales, 60. 556

An mixtæ actiones competant contra non poſſidentem, 61. 556

An petitio hæreditatis ſit actio in rem vel mixta, 62.. 557

An actiones reales ſint digniores perſonalibus, vel è conuerſo, 63. 557

Agitur de interpretatione rubr. ſi cert. pet. 64. 558

Si Notarius ſcripſerit in Inſtrumento, mulierem renunciaſſe S. C. Velleiano: & interrogatus quid ſit Velleianum, neſciat, an renunciatio ſit valida, 65.. 560

Teſtis de auditu an transferat in aduerſarium onus probandi contrarium, 66. 560

An rubrica generalior nigro poſſit allegari ad deciſionem cauſarum, 67. 561

Statuti rubica ita erat concepta: Filia dotata non ſuccedat, quæritur, an generaliter intelligatur, excluſa etiam à bonis patris, cum in nigro nihil diceretur, niſi de bonis matris & auiæ, 68. 563

Defenditur opinio Bart. quæ communis eſt in l. 1. ſi cert. pet. videlicet, teſtem probare, ſi deponat ſe ſcire: quia ſit vicinus vel conſanguineus, 69. 565

Si delictum probetur per teſtes dicentes ſe ſcire: quia vicini, &c. qualis pœna ſit imponenda, 70. 567

An creditor propriè dicatur, cui debetur aliquid ex legato, vel ex maleficio, 71. 568

Si cui priuilegium conceſſum ſit, vt non poſſit conueniri à ſuis creditoribus intra quinquennium, an poſſit conueniri à creditorib. ex delicto, 72. 568

De ſignificatione huius verbi creditum, 73. 569

An creditor dicatur, cui ſub conditione, vel in diem debetur, 74. 569

An mulier amittat dotem propter oſculum impudicum, 75. 571

An mulier amittat dotem propter adulterium, 75. 574

Ex præparatorijs an inferatur ad præparatum in mandato, 77. 575

Vtrum iudex qui abſoluit à iuramento, efficiatur iudex competens in cauſſa Principali, 78. 575

An præparatoria ſint præmittenda, 79. 578

An titulus de edendo, dicatur eſſe præparatorius ad titulum de iudicijs, 80. 578

Vtrum iudicium incipiat à litis conteſtatione, vel à citatione, 81.. 580

Ad quæſtionem facti an ſit reſpondendum, 82. 581

Cur reus teneatur reſpondere poſitionibus actoris, 83.. 582

An duo copulatiue requirantur, mandatum & Intereſſe, vt Notarius vel ſimiles teneantur edere, 84. 584

De intellectu l. 1. C. de edendo, 85. 586

An l. prætor ait, ff. de edendo, quatenus de ſeruo loquitur argentario, 86. 587

Iudæi, vſurarij, an teneantur edere rationes ſuas actori ad fundandam eius intentionem, 87. 587

Nautæ, caupones & ſtabularij an teneantur edere actori ad fundandam eius intentionem, 88. 588

Vtrum mercatores noſtri temporis teneantur edere ſicut olim argentarij & nummularij,89. 588
Editio, *an iure actionis vel officio iudicis, fieri debeat,90.* 589
De emendatione libelli in iudicijs vniuerſalibus,91. 590
Vtrum libellus poßit emendari poſt litem conteſtatam in iudicijs particularibus,92. 591
An libellus emendari poßit poſt litem conteſtatam, quando additur vel detrahitur qualitas, per quam augetur vel minuitur condemnatio, 93. 592.
Emendatio libelli an poßit fieri ſemel tantum, vel pluries,94. 593
Iterum agitur de emendatione libelli poſt litem cōteſtatam,95. 594
De emendatione libelli in iudicijs vniuerſalibus,95. 595
Petens dimidiam partem hæreditatis, an poßit lite conteſtata petere alteram dimidiam: & ſic emendare libellum addendo portionem, quæ ei ſuperuenit,97. 596
An libellus emendari poßit poſt litem conteſtatam in generalibus iudicijs,98. 596
Quomodo ſit intelligendum, emendationem libelli fieri poſſe ante litem conteſtatam,99. 597
An mutatio libelli ſit permiſſa ante litem conteſtatam,100. 597

IN LIBRO XII.

DE *cumulatione plurium actionum ad intellectum l. fundum, & l. funds, de exceptionibus,1.* 598
Quare admittatur cumulatio actionis perſonalis & hypothecariæ,2. 601
De Inſtrumento ad aliud Inſtrumentum ſe referente,3. 602
An legitima ſit pars quota bonorum vel hæreditatis,4. 603
De legitimæ augmento ad caput 26. lib.4. controuerſ.5. 604
An filius approbando teſtamentum patris, in quo certis rebus relictis, prohibitus fuit, plus non petere, etiam ratione legitimæ dicatur renuntiare legitimæ,6. 604
Per approbationem teſtamenti, in quo legitima fuit cum onere relicta, an legitima oneri ſubiecta eſſe cenſeatur,7. 605
Vtrum generalis renuntiatio iuramento confirmata extendatur ad legitimam,8. 606
Vtrum ſupplementum legitimæ tollatur præſcriptione 30. annorum: vel potius, quinquennij, 9. 606
Vtrum onus de legitima reijciatur ipſo iure, ita vt nō ſit neceſſaria petitio & declaratio filij.10. 607
Trebellianica an poßit prohiberi liberis primi gradus,11. 608
An ex æquitate Canonica mora purgari poßit, non obſtante iuramento,12. 610
De dote data filiæ, vnius ex ſocijs omnium bonorū, an ſit extrahenda de communi: an vero de portione patris tantum,13. 610
An ſocietas omnium bonorum tacite contrahi poſſit, 14. 601
An minor renuncians beneficio reſtitutionis in integrum cum iuramento petere poßit in integrum reſtitutionem,15. 611
An per reſtitutionem in integrum impediatur executio Inſtrumenti, ſtante ſtatuto reijciente omnes exceptiones, exceptis trib. vtputa ſolutionis, falſitatis, & pacti de non petendo,16. 612
An pendente in integrum reſtitutione, requirente altiorem indaginem, retardari debeat executio, 17. 612
Vtrum reſtitutio in integrum aduerſus tres conformes impediat executionem,18. 613
Vtrum reſtitutio in integrum impediat executionē ſententiæ, quando executio fuit petita ante petitam reſtitutionem, 19. 614
Quid ſit captatoria voluntas. 20. 615
An ſit captatoria voluntas, cum duo, putà coniuges ſimul teſtantur, vnumq́; & eundem hæredē inſtituunt, ita vt alteri liceat reuocare,21. 615
An ſit captatoria, inſtitutio, cùm quis alium hæredē inſtituit, vt ab eo hæres inſtituatur, 22. 616
An ſit captatoria voluntas, cum aliquis inſtituit vel ſubſtituit perſonam ab alio eligendam,23. 616
Inſtituo Titiam hæredē, ſi me inſtituerit, an valeat aliqua ex his inſtitutionibus,24. 617
An valeat inſtitutio hæredis collata in arbitrium tertij per verba importantia arbitrium boni viri,25. 617
An captatoria inſtitutio ſtatuto vel conſuetudine conualidari poßit.26. 618
De ſimulatione contractus ex pacto, de retrouendendo, modicitate pretij, & de æſtimatione rei vendita cum tali pacto,27. 619

Pactum

Pactum de non alienando an impediat alienationem, & dominij translationem. ſtante hypotheca generali, 28. 619
An ſtatutū præferens in ſucceſſione agnatos cognatis locum habeat in hæreditate Clerici, 29. 620
De fideiuſſore, an liberetur facta prorogatione temporis debitori principali à creditore, 30. 621
Quod remedium competat ad reſcindendam venditionē propter læſionē vltra dimidiam, 31. 622
Vtrum hypothecaria actio legatario competat in ipſamet re legata, 32. 623
An mariti bona ſint vxori obligata pro alimentis, 33. 624
An ſi legetur res obligata, hæres teneatur eam luere quando eſt obligata pro tanta ſumma, quantus eſt valor ipſius rei, 34. 624
An vſufructuarius poſſit exigere nomina debitorum ſine ceſſione vel mandato hæredis, 35. 625
Si monaſterio aliquid relinquatur in monaſterio ſub conditione, vt aliquē recipiat in monachū, vel monialem, an legatum debeatur, 36. 626
An legatum fundi in genere valeat, 37. 626
De ſtipulatione Notarij, qualiter per eam ius abſenti acquiratur & etiam per iuramentū, 38. 627
Reciproca ſubſtitutio an præſumatur facta, cū pluribus hæredibus inſtitutis, poſt mortem omnium, teſtator aliquem ſubſtituit, 39. 627
De filijs in conditione poſitis annotatio ad c. 51. lib. 4. controuerſ. 40. 628
Si quis inſtituerit vel ſubſtituerit hæredes, fratrem ſuum & eius filios, an cenſeantur ordine ſucceſſiuo eos inſtituiſſe, vel ſubſtituiſſe, 41. 628
An conditio, ſi deceſſerit ſine filijs, à teſtatore adiecta, deficiat in fauorem neptis contra patruum ſubſtitutum, 42. 629
Inſtantia iudicij cœpti inter laicos an tranſeat in hæredem Clericum, 43. 630
An filius emancipatus teneatur conferre donationē ſimplicem, 44. 631
De collatione feudi, 45. 631
De donatione ſimplici valida conferenda, 46. 631
An l. ſi quis maior, C. de tranſact. locum habeat in omni contractu, 47. 632
An donatio iuramento firmata abſq; inſinuatione valeat, ſi excedat ſummam, 500. aureorū, 48. 632
Creditor ex cauſſa funeraria, an præferatur alijs creditoribus habentibus hypothecam anteriorem expreſſam, 49. 633
De cautione præſtanda pro vſufructu earum rerū, quæ vſu conteruntur & minuuntur, 50. 634
Actio de dote an competat contra omnes hæredes in ſolidum, 51. 634
Victus victori an ſit condemnandus in expenſis, quando habet iuſtam cauſſam litigandi ſtante ſtatuto, quod victus victori in expenſis condemnetur, 52. 635
Creditor, qui priorem habet hypothecam, an poſſit pecuniam poſteriori creditori ſolutam recuperare, 53. 637
Vbi cauſſæ cognitio delegata eſt, an cenſeatur etiam delegata cauſſæ expeditio, 54. 637
Vtrum reſcriptum mandans ordinario, vt ſummariè procedat, efficiat eum delegatum, 55. 638
An tutor poſſit prorogare debitoribus pupilli tempus ſolutionis faciendæ, 56. 639
An ſi contractus ſit nullus, ob defectum ſolennitatū, competat remedium redintegrandæ poſſeſſionis, 57. 639
An filij poſſint, viuente patre, bona materna vel aduentitia alienata à patre reuocare, 58. 640
An patre bona ſua diſſipante, poſſit filius petere portionem ſibi aſſignari pro alimentis, vel pro legitima, 59. 641
An pater adoptiuus teneatur alere filium adoptiuū extraneum, 60. 642
An patruus teneatur alere nepotem, 61. 643
An text. in l. ſi inſtituta, §. de inofficioſo, ff. de inoff. teſtam. mandans prouideri filio de alimentis & ſumptibus litis, locum habeat in prima inſtantia, 62. 644
Qui promiſit dare fideiuſſorē an liberetur præſtando cautionem iuratoriam, 63. 645
Marito, vxori ſuæ leganto vſumfructum, ſi dotem ſuam non petierit, vel per ſimilia verba conditionem importantia, an finito vſufructu dos exigi poſſit, 64. 646
Si maritus vxori legauerit vſumfructum, ita vt dotem conſequi non poſſit, ſi illa dotem non petierit: ſed ei ſponte ſoluatur à mariti hæredibus, an legatum amittat, 65. 647
An hæres grauatus teneatur reſtituere fideicommiſſario fructus inuentos in hæreditate, pecunias & ſimilia, ſi fuerint ab eo conſumpta, 66. 647
Fructus percepti ex hæreditate iacente, an veniant in reſtitutionem fideicommiſſi, quando hæres grauatus ſponte adiuit hæreditatem, 67. 648
Fructus rei legatæ, ante aditam hæreditatem percepti:

cepti an pertineant ad legatarium, an ad heredẽ 63. 649
Vtrum liberi primi gradus fideicommiſſo grauati teneantur ſupplere fideicommiſſum ex fructibus perceptis, vltra quartam Trebellianicam, 69. 650
Pater inſtituit heredem vniuerſalem filium ſuum eumq; grauauit onere fideicommißi in vniuerſa hereditate, comprehenſa etiam legitima ipſius filij tacite vel expreſſe. Filius ex hereditate fructus percepit tot ac tantos, qui æquiualent ipſius legitimæ: vtrum teneatur reſtituere tot fructus, quot æquiualẽt ipſi legitimæ, detractis ſemper fructibus particularibus ipſius legitimæ, adeo vt legitima filij in corporibus hereditarijs, & fructus legitimæ ſint excipiendi de fideicommiſſo: alij vero fructus percepti ex cæteris bonis æſtimandi ſint & ex eis conficienda ſit æſtimatio legitimæ ea, quæ fideicommiſſario reſtituenda ſit, vel fructus ipſi forte extantes, vſque ad æſtimationem legitimæ,70. 651
An filius poßit grauari à patre ad fructuum reſtitutionem vltra legitimam,71. 653
Fructus an imputentur in legitimam parentibus debitam, quando parentes ſunt grauati reſtituere hereditatem,72. 653
An perempta inſtantia perimatur effectus malæ fidei ad effectum, vt poſſeſſor non teneatur fructus reſtituere,73. 654
Quidam dotem filiæ ſuæ conſtituerat mille, & ducentorum aureorum: & partem dictæ dotis in pecunia numerata ſoluerat: pro reliqua vero parte conuentum inter ipſos fuerat, vt conſignaretur domus valoris ſummæ ſuperſtitis, quæ erat ſexcentorum & quinquaginta aureorum, quæ quidem conſignata fuit, & tradita: & ſuper quæ conſtitutus fuit fundus dotalis, quæritur modo: an eueniente caſu reſtitutionis dotis, ſoluto matrimonio, maritus reſtituere debeat dictam domum: an vero eius æſtimationem videlicet aureos ſexcentos & quinquaginta,74. 655
Hæres cum beneficio legis & Inuentarij, an teneatur de ſuo ſatisfacere creditoribus, & legatarijs, quando res hereditaria poſt aditam hereditatem ſine culpa ipſius ſunt diminuta, vel perierunt,75. 658
An regula l. ſi ita, de auro & arg. leg. locum habeat in relictis coniunctæ perſonæ, & ſic an legatum extendatur ad acquiſita poſt teſtamentum,76. 659
An laici poßint eſſe teſtes contra Clericos in cauſis criminalibus, vbi agitur de delicto commiſſo in villa, vel alio loco vbi non habetur copia aliorum Clericorum,77. 660
An à primo fideicommiſſario in alterum fideicommiſſarium tranſeant actiones ipſo iure abſq; reſtitutione etiam nulla mora interueniente, 78. 661
Vtrum de iure Canonico fideicommiſſarius agere poßit ante factam ſibi reſtitutionem re vel verbo,79. 662
Quid ſtatuendum ſit, quando aſcendentes per fideicommiſſum grauati detrahere poßint legitimam & Trebellianicam ſicut deſcendentes,80. 663
An diſpoſitio generalis comprehendat cauſam dotis, vbi nõ reperitur ſpecialiter priuilegiata,81. 663
Cum quis titulum & cauſſam habet à debitore, & ex eo titulo poßidet bona alteri obligata, poßitne ſpatio longi temporis præſcribere aduerſus actionem hypothecariam,82. 664
Præſcriptio longi temporis aduerſus creditorem habentem hypothecariam actionem an incipiat ante factam excußionem principalis debitoris, 83. 664
Ex rubrica, ff. de offic. eius controuerſia prima, an delegatus Principis abſolute ſit dignior ordinario,84. 665
Controuerſia ſecunda, an delegatus Principis ſit dignior ordinario in cauſſa delegata,85. 667
Tertia controuerſia Doctorum in eadem rubrica, de offic. eius, an ordinarius habeat firmiorem iuriſdictionem delegato Principis, vel potius è conuerſo,86. 667
Quarta controuerſia Doctorum in rubr. de officio eius, eſt: an Delegatus Papæ in aliqua cauſſa priuata poßit dici Officialis Papæ ad effectum, vt locus ſit conſtitutionibus Pontificiis, quæ habentur in cap. cum Matthæus, de ſchiſmatic. & in cap. diuina, de priuil in extrauag. commun. quibus cautum eſt, vt à locorum ordinarijs excommunicari non poßint,87. 670
Quinta controuerſia eſt Doctorum in eadẽ rubric. de offic. eius, an poteſtas piſtorij dici poßit Officialis communis Florentiæ, cap. 88. 672
Poſtrema eſt controuerſia Doctorum in eadem rubrica. de offic. eius, an differentia ſit inter iudicẽ dare & iuriſdictionem mandare,89. 674

An

An ſint quinque dignitatum gradus: an vero quatuor vel plures,90. 677
Ad l.1.de offic.eius, ratio dubitandi circa primam partem textus oritur ex illis verbis: mandata iuriſdictione non transferuntur,91. 678
Vtrum ius delegandi competat tam maiorib. quam minoribus Magiſtratibus,92. 681
Controuerſia vna inter Doctores in l.1.de offic.eius, an iure Canonico inſpecto delegari poſſint cauſſæ meri Imper. 93. 683
An cauſſæ meri Imperij poſſint delegari de conſenſu partium: & de vtilitate publica, & priuata aliqua ſitu digna,94. 684
De reſeruatis Principi, an poſſint delegari,95. 685
An mixtum Imperium delegari poſſit,96. 686
Vtrum delegatus Principis poſſit delegare cauſas meri Imperij,97. 689
Alia oritur quæſtio inter Doctores in l. de offic.eius, an cauſſæ meri Imperij delegari poſſint propter Magiſtratus abſentiam, tam quoad cognitionẽ, quam etiam quoad definitionem,98. 692
Vtrum iudex delegatus poſſit alium ſubdelegare, ſi habeat hanc facultatem à delegante,99. 695
An tutelæ datio competat iure Magiſtratus, & delegari poſſit,100. 695

IN LIBRO XIII.

De vero intellectu l.1.de offic.eius,1. 699
Vtrum, ſi Magiſtratus delegauerit, propter abſentiam cauſſas meri Imperij, intelligatur delegatio reuocata ſtatim atq; Magiſtratus eſt reuerſus,2. 703
Argumentum à contrario ſenſu ex legibus an rectè deſumatur,3. 703
Argumentum à contrario ſenſu an ſumi poſſit ex gloſſis,4. 705
De argumento à contrario ſenſu ad intellectum legis ſecundæ, Codice de condit.inſertis,5. 706
Vtrum in mandatis habeat locum argumentum à contrario ſenſu,6. 707
De argumento à contrario ſenſu in ſtatutis,7. 708
Vtrum argumentum à contrario ſenſu ſumi poſſit ex verbis negatiuis,8. 710
An valeat argumentum à contrario ſenſu in vltimis voluntatibus,9. 711
An argumentum à contrario ſenſu locum habeat in reſcriptis Principum,10. 711
Argumentum à contrario ſenſu an habeat locum in vſibus feudorum.11. 712
Quæſtio ſeſe offert vna in interpretatione legis Imperium, de iuriſd.omn.iud. an Vlpianus definire voluerit. Quid ſit merum Imperium: vel potius exemplum adferre, cum dixit: Merum Imperium eſt, habere gladij poteſtatem ad animaduertendum in facinoroſos homines,12. 713
Quæſtio proponitur altera in eadem l. Imperium; Quomodo ſint accipienda verba: mixtum Imperium eſt, cui etiam iuriſdictio ineſt,13. 714
Quomodo accipienda ſint illa verba in l. Imperiũ, Iuriſdictio eſt iudicis dandi licentia,14. 716
Quomodo mixtum denominetur à digniori,15. 718
An mixtum denominetur à digniori, vbi ſequeretur correctio iuris communis,16 718
An in corpus mortuum animaduerti poſſit,17. 721
An ſententia lata in cauſa ſummaria dicatur definitiua,18. 722
Princeps concedens alicui caſtrum cum iuriſdictione, an videatur merum Imperium conceſſiſſe,19 723
Quid ſit iuriſdictio & vnde dicatur,20. 724
An iuriſdictio ſit genus comprehendens ſub ſe merũ & mixtum imperium tanquã ſpecies,21. 727
An legem condere ſit meri imperij,22. 729
De conciliatione textus in l.ſi vnus,§. pactus ne peteret, ff. de pactis cum textu in l. Stichum, §. naturalis, ff. de ſolution.23. 731
Ad eundem, § pactus ne peteret, l.ſi vnus, ff. de pact. ſuper illis verbis: in ſtipulationibus ius continetur: in pactis factum verſatur,24. 731
An Oldradi conſilium 21. locum habeat, vbi teſtator habuit voluntatem conſeruandi bona in agnatione,25. 732
Ex chirographo de recepta pecunia quænam oriatur obligatio,26. 733
Stante ſtatuto, quod contra debitorem poſſit fieri executio à creditore, an ceſſionario competat ius exequendi,27. 734
Vſufructuarius omnium bonorum an teneatur ſoluere legata: & an concurrat cum legatario rei particularis,28. 735
Cur Prætor hæredem facere non poſſit,29. 735
Controuerſia eſt in rubr. C. qui admitti, an poteſtates noſtri temporis æquiparentur antiquis,30. 739

De legitimatione perſonarum in petenda bonorum poſſeſſione, 31. 740

Vtrum is, qui agnouit bonorum poſſeſſionē teneatur probare, ſe agnouiſſe illam in tempore conſtituto, 32. 741

Vtrum bonorum poſſeſſio ſit ius quo vel propter quod, 33. 744

Vtrum reperiatur aliqua bonorum poſſeſſio ciuilis, 34. 746

Vtrum is, qui intentauit poſſeſſoriam hæreditatis petitionem, videatur eo ipſo bonorum poſſeſſionē agnoſcere, 35. 749

Quotuplex ſit bonorum poſſeſſio, non omnes inter ſe conueniunt, 36. 750

Quando hæreditas proprie delata eſſe dicatur ad intellectum ſtatuti Lucenſis, quod hæreditas delata tranſmittatur, 37. 753

Vtrum patre non ratificante acquiratur, bonorum poſſeſſio filiofamilias, & hic remaneat obligatus creditoribus hæreditarijs, 38. 755

Ad l. 1. C. qui adm. ad bonorum poſſeſſ. quomodo accipiatur illud verbum etiam, 39. 759

De clauſula omni meliori modo, additio ad caput vltimum, libri decimi, 40. 760

Venditione reſciſſa ex remedio l. 2. C. de reſcin. vendit. an fructus ſint reſtituendi, 41. 760

De eo qui confeſſus eſt, ſe hominem occidiſſe ad ſui defenſionem neceſſariam, quæritur, afficiendusne ſit extraordinaria pœna, vbi alia non ſunt probationes, quibus reus de delicto conuictus, 42 760

Pœna extraordinaria ſitne afficiendus teſtis, cui crimen obijcitur per modum exceptionis, ſi de eo confeſſus ſit vel conuictus, 43. 761

Conſenſus Summi Pontificis præſumendusne ſit interceſſiſſe ſpatio triginta vel quadraginta annorum in alienatione bonorum Eccleſiaſticorum, 44. 762

Vtrum filij poſiti in conditione, in legatis cenſeantur vocati, 45. 763

Vtrum filius poſſit in præiudicium creditorum non acceptare legitimam, vel eius ſupplementum, 46. 764

Additio ad caput 71. libr. octaui, de pacto de hæreditate viuentis, 47. 765

Additio ad cap. 89 lib. 6. de donatione omnium bonorum præſentium, & futurorum, reſeruato vſufructu, an valeat, 48. 765

Additio ad cap. 24. lib. 7. de alienatione emphyteuſis irrequiſito domino facto, 49. 766

Cum diſputant Doctores in rubric. de verbor. oblig. de pollicitatione quærunt, an ſit pactum vel pollicitatio, cum aliquid præſenti offertur, quod cōmodum eius reſpicit: quia tacite conſentire videtur, ſimul varie diſtinguunt, an præſens & tacens conſentire videntur, 50. 766

An aſcendentes grauati per fideicommiſſum detrahere poſſint duas quartas, 51. 767

Controuertunt Doctores, an filius heres inſtitutus, & oneratus legatis vltra dodrantem detrahere poſſit legitimam & Falcidiam, 52. 767

Additio ad cap. 3. lib. 5. in quo agitur de Trebellianica detractione, vbi legitima eſt ſemis, 52. 768

Additio ad c. 38. lib. 4. an amittatur Trebellianica ob non confectum inuentarium, 54. 769

De eo, qui omiſit aliquid ponere in inuētario ſcienter, an amittat beneficium inuentarij, additio ad caput 66. lib. decimi, 55. 768

An filius approbando teſtamentum patris per ſimplicem hæreditatis aditionem poſſit detrahere Trebellianicam à teſtatore prohibitam, 56. 769

An Trebellianica detractio poſſit prohiberi in Codicillis, 57. 770

An legatarij contribuant in detractio. Falcidia, 58. 770

Dos profectitia, an ad patrem reuertatur, quando filia eſt emancipata, 59. ibid.

An donatio facta filiæfamilias ex cauſſa dotis valeat, 60. 771

An dos profectitia, ſoluto matrimonio tranſeat ad liberos vxoris tanquam hæredes, quando pater actionem filiæ donauit, 61. 772

An pœna iuris ciuilis locum habeat aduerſus contrahentes inceſtas nuptias in gradu prohibito, ſecundum ius Canonicum, 62. 773

An Trebellianica ceſſet, quando Eccleſia grauata eſt reſtituere alteri Eccleſiæ, 63. 774

De iure patronatus, an tranſeat in fideicommiſſarium, 64. 775

An prælegata veniant in reſtitutione fideicommiſſi, quando teſtator poſt prælegata inſtituit hæredē ſic dicens: in omnibus autem alijs ſuis bonis inſtituis, &c. poſtea fideicommiſſum ordinauit, 65. 775

Hæres, qui priuatus eſt hæreditate in pœnam à teſtatore iniunctam, an videatur in tali caſu rogatus reſtituere per fideicommiſſum, & ideo Trebellianica detracta reſtituat, 66. 776

Fidei-

Fideicommiſſum imperſonaliter relictum an in dubio ab impubere vel legitimus eius hæredibus relictum præſumatur, ad cap. 66. lib. 5. additio, 67 777
An teſtamentum in quo filiusfamilias eſt præteritus, ſit nullum ipſo iure: an vero ita demum, ſi ipſe petat, 68. ibid.
Debitor negans debitum, an amittat beneficium ceſſionis bonorum, 69. 778
Petenti debitum ante diem, quomodo duplicentur induciæ, 70. ibid.
An mulier poſſit eſſe teſtis in teſtamento iure Canonico inſpecto, 71. ibid.
An ſit de ſubſtantia contractus emphyteutici, vt detur aliquid pro ingreſſu, 72. 779
An legata ſint acceſſoria teſtamenti, 73. ibid.
De conductore, an teneatur ob leuiſſimam culpam, ex qua incendium ortum eſt, 74. 780
Ad l. precibus, C. de impub. & l. Centurio ff. de vulg. 75. 781
De tacita pupillari ſubſtitutione, an excludat matrem, 76. 782
Additio ad caput 99. lib. 1. de remiſſione caducitatis emphyteuſis Eccleſiaſticæ per Canonis præteriti receptionem, 77. 786
Vtrum pater teneatur filiam dotare iure actionis, vel ex officio iudicis, 78. 786
An ad validitatem donationis inter virum & vxorem neceſſaria ſit vera & realis traditio: an vero ficta ſufficiat, 79. 787
Vtrum res prohibita alienari, præſcribi, vel vſucapi poſſit, 80. 788
Vtrum ſuprema poteſtas Principis præſcribi poſſit, 81. 788
Vtrum in præſcriptione immemoriali requiratur ſcientia & patientia aduerſarij, 82. 789
Titulus an requiratur in præſcriptione ſeruitutum realium, 83. 789
Vtrum per iuramentum creditoris probetur fuga debitoris, 84. 790
Ad cap. 70. lib. 4. an vulgaris ſubſtitutio contineat pupillarem, ſtante ſtatuto, quod verba teſtamẽtorum intelligantur ad litteram, 85. 790
Ad cap. 61. lib. 5. de adulto, an poſſit donare cauſſa mortis abſq; auctoritate curatoris. 86. 790
An præſumatur ſolutio debiti ex diuturnitate temporis, 87. 791
De impenſa facta cauſſa cuſtodiæ, an compenſari cum fructibus à malæ fidei poſſeſſore perceptis debeat, 88. 791
Ad leg. quicunque, C. de apochis lib. 10. ex ſolutione trium annorum continuata an præſumatur ſolutio pro tempore præterito, 89. 792
De iure patronatus an tranſeat in fideicommiſſarium, 90. 793
Vtrum nepotes & neptes conferre teneantur patruis dotem vel donationem propter nuptias ſibi datam, 91. 794
De collatione donationis ſimplicis, 92. 798
An filij emancipati teneantur conferre donationem ſimplicem filijs in poteſtate, 93. 795
Additio ad cap. 77. lib. 5. an emancipati profectitia conferant emancipatis, 94. 796
De lucro dotis an ſit conferendum, 95. 796
Iterum de collatione filij emancipati, qui tempore donationis erat in poteſtate, 96. 797
Emancipato conferente donationem an & exiſtens in poteſtate conferre teneatur, 97. ibid.
Filia habens dotem minorem poſſitne cogere fratrẽ ad conferendam ſimplicem donationem forte maiorem, 98. 798
Sitne locus collationi inter filios, qui veniunt ex capite vnde agnati vel vnde cognati, 99. 798
Filia ſtatuto excluſa à ſucceſſione extantibus maſculis, ſed hæres inſtituta in teſtamento à patre, an teneatur conferre, 100. 799.

ANDREÆ

FACHINÆI FOROLIVIENSIS, IN CELEBERRIMO PISANO GYMNASIO IVRIS

Cæſarei Profeſſoris Ordinarij,

CONTROVERSIÆ, EX CENTVRIIS XIII

Iuxta ſeriem Pandectarum & Codicis diſpoſitæ, & pro ſingulari Iuris Studioſorum vtilitate aſſertoriè deciſæ.

AVTHORE

CORNELIO PYNACKER, I. V. D.

Lectoribus S.

CVM omne Ius noſtrum Ciuile diſtinguatur in Ius notum & Ius controuerſum, illud prius percipiendum eſt penitus, antequam hoc attingatur: qui ſecus faxit ille ſentiet & quidem ſerò, cum magno temporis inutiliter abſumpti detrimento, impactum ſe in ſcopulos, & (vt verè dicam) naufragium ſuorum ſtudiorum feciſſe experietur. Cum autem Ius controuerſum addiſcendum ſit, & innumeri authores illud tractauerint, inter omnes illos nemo eſt, qui maiore diligentia & cura illud egerit hactenus, quàm Excellentiſſimus I. C. Andræas Fachinæus Libris Controuerſiarum XIII. Sed cum ille ſuarum controverſiarum capita non deciſoriè, ſed dubiè, per Vtrum proponat, aliquandoq; plures controuerſias ſub vno capite tractet, faciebat ea res, vt feſtinanti lectori remiligo iniecta eſſet; quippe cui neceſſum erat totum caput percurrere, antequam ipſius authoris ſententia ipſi perſpecta eſſet; deinde, cum Fachinæus non Digeſtorum ordinem ſequutus fuerit, accidebat vt opus eſſet indagatione longa ei, qui Ius controuerſum ad ſuos titulos & locos deſiderabat: cui duplici incommodo commoda via occurſum eſt, dum omnes controuerſias primùm aſſertoriè ex ſententia authoris deciſas, & ordine Digeſtorum diſpoſitas hic vobis offerimus.

ANDREÆ

ANDREÆ FACHINÆI FOROLIVIENSIS

CONTROVERSIAE,

Iuxta ſeriem Pandectarum diſpoſitæ, & Aſſertori è deciſæ.

Prior numerus Librum, poſterior caput deſignat.

LIB. I. DIGESTORVM.

Præambulum.

DE methodo ſeruandâ in iure ciuili perdiſcendo, de interpretum & Doctorum delectu, & de alijs quæ in ſtudio vtilia ſunt & neceſſaria li. 9.c.103.

TIT. DIGESTORVM.

De Iuſtitia & Iure.

COnfeſſus ſe hominem occidiſſe ad ſui neceſſariam defenſionem, eam verò, qualitatem probare non poſſit, ex facti & perſonarum circumſtantijs, pœna homicidij moderanda vel infligenda: coniecturis autem omnibus ceſſantibus & re in obſcuro poſitâ: reus capite puniendus. lib.1.c.27.

Si non conſtet de corpore delicti, confeſſus non erit condemnandus. ib.c.28

Cum quis allegat ſe hominem occidiſſe, ad ſui defenſionem, neceſſariam tutelam debet probare. li.1. cap.30

Pro defenſione rerum licet in vaſorem occidere, quando aliter defendi non poſſint ſine vitæ periculo ibi.c.31

Is qui aggreſſorem occidit non ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ, pœnâ ordinariâ homicidij afficiendus non eſt ib.c.32.

Qui confeſſus eſt ſe hominem occidiſſe ad ſui defenſionem, vbi aliæ non adſunt probationes; in pœnam extraordinariã, non autem ordinariam condemnari debet. lib.13.c.42

De legibus Senatusconſultis, & longa conſuetudine.

PRinceps legibus ſolutus eſt quoad vim coactiuam, non verò directiuam lib. 1.c. 2.

Ceſſante ratione legis ceſſat ipſa lex, procedit quando ceſſat ratio legis generaliter ſecus autem ſi ceſſet in caſu particulari lib.10.c.74.

Princeps auferre ius quæſitum ex contractu cum ipſo inito non poteſt, licet in ſpe tantum conſiſtat l.11.c.2

Argumentum à ſenſu contrario ex legibus rectè & validè deſumitur. lib.13.c.3

Argumentum à contrario ſenſu ex gloſſis ſumi poteſt ib.c.4

De argumento à contrario ſenſu ad intellect.l.2.C.de condit.inſert. ib.c.5

Etiam in mandatis locum habet argumentum à contrario ſenſu ib.c.6

Argumentum à contrario ſenſu etiam in ſtatutis obtinet ib.c.7

Argumentum à contrario ſenſu ex verbis quoque negatiuis deducitur ib.c.8

Argumentum à contrario ſenſu obtinet etiam in vltimis voluntatibus ibi.c.9

Argumentum à contrario ſenſu valet etiam in reſcriptis Principum ibid. c.10

Quin etiam in vſibus feudorum attenditur ibi.c.11

De Conſtitutionibus principum.

PRinceps ex certâ ſcientiâ & de plenitudine poteſtatis, auferre ius alicui quæſitum ſine causâ non poteſt. lib. 8. c.63.

Princeps non poteſt ſine causâ auferre ius quæſitum ex beneficio iuris ciuilis, puta præſcriptione, re iudicâtâ & ſimilibus. ib.c.eod.

Princeps ſine causâ poteſt in re modica alteri præiudicare & ius quæſitum auferre ibid c.eod.

Princeps auferre poteſt alicuius quæſitum ſpe, hoc eſt, ius quod ex aliquo euentu ſe

conſecurum quis ſperat. ib. c. eod.

Princeps ex cauſa publicæ vtilitatis, ſubdito ius quæſitum auferre poteſt, ibid. c. eod.

Princeps cum ius ſuum alicui aufert, iuſta cauſa motus fuiſſe præſumitur, ſi videlicet eam exprimat; ſecus ſi nullam, aut minus idoneam. ib. c. eod.

Reſcripta ad lites non expirant anno, ſed perpetua ſunt, & tamdiu durant quamdiu ius durat & actio, ſuper quibus impetrantur, l. 8. c. 65

Reſcriptum ab vno per ſupplicationem impetratum & obtentum, alijs rem communem habentibus, eiuſdemque rei conſortibus, non prodeſt, ibi. c. 66

De his qui ſui vel alien. iur.

VBi agitur de obtinenda hæreditate, aut ſimilibus iudicijs petitorijs, filiatio ex ſolo tractatu, vt loquuntur & educatione non probatur, l. 1, c. 73

De offic. Prætor.

POteſtates noſtri temporis antiquis prætoribus non comparantur, l. 13. c. 30

De offic. Præſid.

FVrioſus ſi quis efficiatur poſt commiſſum delictum, an puniri debeat iudicis prudentia arbitretur. Ad l. Diuus. h. t. l. 9. c. 3.

LIB. II. DIGESTORVM.

De Iuriſdictione.

IVdex delegatus alium ſubdelegare non poteſt, etiamſi eam habeat à delegante poteſtatem, l. 1. c. 45

Delegatus ne quidem vnum ipſius cauſſæ articulum ſubdelegare poteſt, ibi. c. 46

Delegatus Principis cauſas meri imperij delegare non poteſt, ibid. c. 47

Nemo cogitur ſtare nudo pacto, de litigando coram iudice non ſuo: Secus ſi pactum ſit veſtitum, li. 1. c. 61

Secus etiam, ſi iuramento firmatum, ib. d. c.

Definitio meri imperij ab Vlpiano l. 3. hoc tit. tradita, non eius deſcriptio neq; exemplum, ſed vera definitio eſt, l. 9. c. 94

Explicatio d. l. 3. & quid mixtum imperium ſit, ibid. ca. 95

Iuriſdictio eſt tertia quædam ſpecies à mero & mixto imperio realiter diſtincta ibid. c. 96

Quæ ſit ſententia legis 1. De offic. eius cui mandat. eſt iuriſdict. ibi. c. 97

Mixtum imperium delegari poteſt, ib. c. 98

Merum imperium nec iure ciuili, nec iure canonico delegari poteſt, ibid. c. 99

Cauſæ cognitione delegatâ, etiam ipſius cauſſæ expeditio, ſiue definiendi poteſtas delegata cenſetur, l. 12. c. 54

Reſcriptum mandans ordinario vt ſummariè procedat, efficit eum delegatum ibid. c. 55

Delegatus Principis non eſt abſolutè dignior ordinario. ibi. c. 84

Delegatus Principis dignior eſt ordinario in cauſſa delegata ibi. c. 85

Ordinarius habet firmiorem iuriſdictionem delegato Principis, ib. c. 86

Delegatus Papæ non poteſt dici officialis Papæ, ad effectum vt locus ſit conſtitutionibus Pontificijs, quæ habentur in c. cum Matthæus, de ſchiſmat. & c. diuina de priuil. in extrau. commun. quibus cautum eſt, vt à locorum ordinarijs excommunicari non poſſint. ib. c. 87

Poteſtas Piſtorii dici poteſt officialis communis Florentiæ ibi. c. 88

Differentia eſt inter iudicem dare, & iuriſdictionem mandare; diſcrepant enim à ſe inuicem origine, ſubſtantia & poteſtate, ibi. c. 89

Quinque ſunt gradus dignitatum, ibi. c. 90

Ea quæ ſunt meri imperij, mandata iuriſdictione non transferuntur, ib. c. 91

Ius delegandi maioribus tantum, non etiam minoribus magiſtratibus competit ib. c. 92

Ne quidem de iure Canonico cauſæ meri imperij delegari poſſunt ibi. c. 93

Cauſæ meri imperij etiam de conſenſu partium delegari nequeunt, ib. c. 94

Reſeruata Principis delegari non poſſunt ibid. c. 95

Mixtum imperium an delegari poſſit, quibuſdam diſtinctionib. explicatur ib. c. 96

Delegatus Principis cauſas meri imperij delegare non poteſt, ib. c. 97

Cauſa meri imperij in caſu abſentiæ magiſtra-

ſtratus delegari poteſt; tam ad cognitionem, quàm ad definitionem, ib.c.98

Iudex delegatus alium ſubdelegare non poteſt, etiamſi eam à delegante habeat poteſtatem, ib.c.99

Tutelæ datio neque olim neque hodie iure magiſtratus competit, ac proinde delegari non poteſt, ibi.c.100

Quæ ſpecialiter & nominatim magiſtratibus tributa ſunt, delegari nõ poſſunt; ea verò quæ magiſtratibus competunt eo ipſo quod ſint magiſtratus, delegari queunt, l.13.c.1

Si magiſtratus delegauerit propter abſentiam cauſſas meri imperij, ſtatim atque magiſtratus eſt reuerſus, reuocata delegatio intelligitur, ibi.c.2

Vlpianus in l. Imperium. non tam exemplum eius afferre, quam ipſum merum imperium definire voluit, ib. c.12

Iuriſdictio ineſt mixto imperio tanquam ſpecies, ib.c.13

Iuriſdictio eſt iudicis dandi licentia: hoc eſt qui iuriſdictionem habet non ſolùm poteſt ea quæ ſunt mixti imperij, ſed etiam iudicem dare, ibi.c.14

Mixtum ab imperio denominatur tanquã digniori, non à iuriſdictione, ib.c.15

Mixtũ nõ denominabitur à digniori, vbi ſequeretur correctio iuris cõmunis, ib.c.16

In corpus mortuum animaduerti non poteſt, ib.c.17

Princeps concedens alicui caſtrum cum iuriſdictione, merum quoq; imperium conceſſiſſe videtur, ib.c.19

Iuriſdictio eſt poteſtas de iure publico introducta, cum neceſſitate iuris dicendi & æquitatis ſtatuendæ, ib.c.20

Iuriſdictio genus eſt meri & mixti imperij ib.c.21.

Iuriſdictio eſt quæ nobili officio iudicis expeditur ad publicam vtilitatem, ib.c.eod

Legem condere eſt meri imperij: ib.c.22

De in ius vocando

EDictum de in ius non vocando parentes, patronos &c. abſq; veniæ petitione, etiam hodie obtinet, l.10.c.87

Nouerca poteſt abſq; venia in ius vocari ib.c.88

Vaſallus poteſt dominum in ius vocare ſine veniæ petitione, ibi.c.89

De edendo.

EX præparatorijs infertur ad præparatum, etiam in mandato, l 11.c.77

Præparatoria ſunt præmittenda, ſed interdum ob aliàs rationes ab hac regula diſceditur, ib.c.79

Titulus de edendo præparatorius eſt ad titulum de iudicijs; ib.c.80

Iudicium incipit à litis conteſtatione, non à citatione, ibi.c. 81

Ad quęſtionẽ facti reſpondendũ eſt, ib.c.82

Duo copulatiuè requiruntur vt Notarius vel ſimiles teneantur edere, mandatum & intereſſe, ib.c.84

Mulier etiamſi non ſit argentaria, poteſt tamen habere rationes ſuas priuatas, eaſq; edere debet. Ad intellectum l. 1. C. hoc tit. ib.c.85

Seruus olim poterat eſſe argentarius. Ad l. Prætor ait hoc tit. ib.c.86

Iudæi vſurarij tenentur edere rationes ſuas actori, ad fundãdã eius intẽtionẽ ib.c.87

Nautæ, caupones & ſtabularij non tenentur edere actori ad fundandam intentionem, ib. c.88

Mercatores noſtri temporis non tenentur edere, ſicut olim argentarii & nummularii, ib.c.89

Editio non iure actionis, ſed officio iudicis fieri debet, ib.c.90

Emendatio libelli poſt litẽ conteſtatã in iudicijs vniuerſalibꝰ nõ admittitur, ib.c.91

Neq; in iudiciis particularibus poſt litem cõteſtatã libellus emẽdari poteſt, ib.c.92

Emendari poteſt libellus poſt litem conteſtatam, quando additur vel detrahitur qualitas, per quam augetur vel minuitur condemnatio, ib. c.93

Emendatio libelli quoties fieri poſſit, ſemel tantum vel pluries; iudicis arbitrio eſt relinquendum, ib. c.94

Emendatio libelli poſt litem conteſtatam, etiam in particularibus iudicijs non datur, ib.c.95

Neq; etiam in iudicijs vniuerſalib. ib. c.96

Petens dimidiam partem hæreditatis, poteſt lite conteſtatã petere alterã dimidiã,

ſcilicet

ſcilicet in quibuſdam caſibus ; & ita emendare libellum addendo portionem, quæ ei ſuperuenit. ibi.c.97

Libellus quoque in iudicijs generalibus, poſt litem conteſtatam emendari nequit ibid.c.98.

Emendatio libelli fieri poteſt ante litem conteſtatam, in præiudicium quoque rei conuenti. ibi.c.99

Mutatio libelli ante litem conteſtatam omninò permiſſa eſt ib.c.100

De pactis.

A Pacto in ſcriptis celebrando recedere licet , & pœnitentiæ locus eſt, ante confectum inſtrumentum ; ſi videlicet ab initio inter partes conuenerit, vt cõtractus in ſcriptis celebretur: ſecus ſi cõtractu vtrimque abſoluto , poſtea de conficiendo inſtrumento dictum ſit. Ad interpretationem l. contractus C. de fid. inſtrum. l.2.c.98

Pactum contractibus bonæ fidei incontinenti adiectum , actionem præſcriptis verbis nuncupatam producit. l.2.c.99

Pactum in continenti adiectum contractui ſtricti iuris, actionem iudem parit. l.2.c.100.

Secundum ius canonicum pactum nudum actionem quoq; non producit. l.2.c.101

Vti nec pactum iuratum. ib.c.eod.

Renunciatio hæreditatis paternæ à filiâ monaſterium ingreſſurâ facta, & inſtrumento confirmata, valida eſt & efficax. l.3.c.22.

Matris renunciatio non præiudicat filijs eâ præmoriente, quo minus ſuccedant in hæreditate aui. ib. c.23

Filiæ etiam indotatæ hæreditati patris cum iuramento facta renunciatio, ſeruari debet. ibi. c.24

Filia iuramento paternæ hæreditati renuncians , excluditur quoque à legitima ibid. c.25.

Hæreditas pacto dari nequit, neque refert vtrum tota hæreditas , an verò pars bonorum in pactum deducatur. l.5.c.84

Si pactum fundetur in perſonâ promittentis, non autem bona ſiue bonorum aduentionem reſpiciat , nihilominus tale pactum eſt inualidum ib.c.85

Pactum reciprocum de futurâ ſucceſſione non valet , ſi inter priuatos quæſtio ſit; ſecus ſi inter milites. ibid. c.86

Pactum de futura ſucceſſione in contractu matrimoniali adiectũ non valet ib.c.87

Filia quæ dote acceptâ paternæ hæreditati renunciauit iuxta c. quamuis de pact. in 6. propter enormem læſionem eam renunciationem reſcindere poteſt l.8.c.69

Conſtitutio d. c. quamuis locum non habet, cum filia renuntiat hæreditati paternæ; non patri, ſed fratribus ſuis, ſine patris conſenſu ib. c.70

Filia quæ hoc modo hæreditati paternæ renunciauit , patri inteſtato morienti non ſuccedit. ibi.c.71

Pactum de hæreditate viuentis, ſine eiuſdẽ conſenſu & voluntate , ne quidem iuramento paciſcentium , confirmatur. ibid.c.72.

Additio ad hæc. l.13.c.47

Hoſti fides à priuatis data ſeruanda eſt. l 9.c.58.

Saluus conductus à Principe bannitis etiam ob grauiſſima delicta conceſſus ſeruandus eſt. ibi. c.59

Frangens fidem publicam , hoc eſt, offendens eum , qui à Principe ſaluum conductum habet, non incidit in crimen læſæ maieſtatis, niſi in contemptum Principis id fecerit ib.c.60

Non poteſt iudex vt reus fateatur delictum impunitatem promittere, & poſteà confeſſum condemnare & punire. ib.c.61

Iudex non poteſt concedere ſaluum conductum bannito vel condemnato , ſed hoc ius ſoli Principi competit. ibid.c.62

Si iudex conceſſerit ſaluum conductum ex bannito, ſeu condemnato, cum de iure non poſſet, tenetur tamen fidem ſeruare. ib.c.63

Si pacti ſeruandi gratiâ, ſtipulatio ſubijciatur, rectè peti poteſt , ex ſtipulatione id, quod pacto continentur. Ad interp. l. petens. C. hoc tit. l.10.c.13

Conciliatur l. ſi vnus §. pactus. hoc tit. cum

l. Sei-

l. Stichum. §. naturaliter. De ſolution. ib.c.96.& l.13.c.23.

In contractibus innominatis etiam iure Canonico pænitentiæ locus eſt.l.11 c.8.

Pactum de non alienando impedit alienationem & dominij tranſlationem, ſtante generali hypotheca, li.12.c.28

In ſtipulationibus ius continetur, in pactis factum verſatur, l.13.c.24

De Tranſactionibus.

DE crimine capitali licita eſt tranſactio li.1.c.8

De adulterio autem, licet capitale crimen ſit, tranſigere non licet, ib.c.eod

De priuatis criminibus quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, prohibita eſt tranſactio, ſi agatur criminaliter: ſecus autem ſi ciuiliter l.1.c.9

De crimine falſi licet tranſigere, ibi.c.eod.

Facta tranſactione de crimine, nihilominus reus accuſari & puniri poteſt pœna ſanguinis, ib.c.eod

Conciliatio l.cum mota C.h.t.cum l.ſi conſtituta De inoffic.teſtam. l.1.c.10

Ex tranſactione regulariter actio non datur; excipe cum actor ad veterem & primam actionem redire non poteſt, ibid. c.eod.

Pœna in l.ſi quis maior, C.h.t. conſtituta maioribus, contra pacta vel tranſactiones iuramento ſancitas venientibus, in tranſactionibus tantum, non etiam in alijs contractibus obtinet, l.1. c.11. & l.12.c.47

Mulier etiam hac dicta pœna tenetur, l. 1. c.eod.

Vniuerſitas autem hac pœna non tenetur, l.1.c.12.

Locum etiam habet, ſi vel abſq; iuramento, fides Chriſtiana interpoſita ſit; ſecus ſi fides nobilitatis: in dubio autem cuius fidei, pœna hæc exequenda non eſt, ibid. c.eod.

Pœnæ huius dictæ legis ab hærede tranſigentis non committuntur, l.1.c 13

Non eſt locus purgationi moræ, ne quidem ex æquitate iuris Canonici, ad euadendas huius legis pœnas, ibi.c.eod.

Tranſactio reſcindi poteſt, quando læſio eſt enormiſſima, id eſt, vltra dimidiã. l.2.c.26

Tranſactio de relictis alimentis abſq; decreto Pretoris, inualida eſt: ſecus ſi fuerit iuramento firmata. Ad l.cum hi. D. h.t. l.3.c.21

Stante ſtatuto quod de percuſſionibus ſanguinolentis non poſſit fieri pax; ſi quis aliquem impulerit ad terram, & ex impulſu colliſo capite ad lapidem ſanguis exierit, ſtatutum locum non habet, l.11.c. 57

LIB. III. DIGESTORVM.

De procuratoribus & defenſoribus.

PRocurator in cauſſis criminalibus ſeu capitalibus admitti poteſt, ad defenſionem rei abſentis, ſecus ſi reus ipſe ſit preſens. l.1.c.24

Abſens defendi per procuratorem poteſt in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt conſtituta ibi. c.25

Non admittitur procurator ad defendendum reum abſentem in criminibus, quibus pœna relegationis irrogatur, ibid. c.26

Geſta per falſum procuratorem, poſt latam ſententiam ratificari à domino non poſſunt, in ſui commodum & fauorem, l.8.c.61

Contumacia procuratoris in appellando, nocet domino, ſi procurator ſit, ſoluendo, aliàs non: quod tamen non obtinet ſi fuerit verè contumax, l.10.c.97

LIB. IV. DIGESTORVM

De in integr. reſtitut.

STante ſtatuto reijciente omnes exceptiones, exceptis tribus, puta falſitatis, ſolutionis, & pacti de non petendo; tamen per in integrum reſtitutionem executio inſtrumenti impeditur, l. 12.c.16

Pendente in integrum reſtitutione requirente altiorem indaginem, executio retardari debet, ib.c.17

Reſtitutio in integrum etiam aduerſus tres conformes ſententias, executionem impedit, ibid. c. 18

Reſtitutio in integrum ſententiæ executionem impedit, etiam quando executio fuit petita antè petitam reſtitutionem, ibi. c. 19

De eo quod met. cauſa.

EA quæ geſta ſunt reuerentiæ cauſa, veluti metu quodam, rata non ſunt habẽda, ſi aut minæ præceſſerint, aut læſio interuenerit l. 2. c. 97

Si chirographum vi extortum ſit, & tamen ſponte nulla querela propoſita pecunia ſoluta; actio quod vi metuſue cauſa non datur, ſed condictio ob turpem cauſſam Ad interpr. l. 2. C. de his quæ vi metuſvè &c. & l. 7. De condict. ob turp. cauſ. l. 10. cap. 16

De minoribus.

IVdex perpenſis rerum circumſtantijs, tenetur minorem delinquentem leuiori pœnâ afficere, quam à lege delicto eſt impoſita; excepto crimine adulterij & homicidij, l. 1. c. 71

Minor 25. annis aduerſus confeſſionem ſuam delicti non reſtituitur, ibidem cap. 72

Minorem vel pupillum (aut etiam maiorem) locupletiorem ex contractu factum eſſe probatur, cum vel ſimpliciter docetur pecuniam in eius vtilitatem eſſe verſam; ita vt non ſufficiat probare ad minorem, vel alium perueniſſe, lib. 2. c. 46

Minor læſus in precio rei venditæ, reſtituendus in integrum eſt aduerſus venditionem, nec ſufficit ſi re vendita retenta iuſtum ipſi precium ab emptore ſuppleatur, ib. c. 90

Minor curatore carens non poteſt vendere res mobiles quæ ſeruando ſeruari poſſunt. Ad interpretationem l. ſi curatorem C. de in integr. reſtit. l. 3. c. 1

Minor authore tutore poſſeſſionem rei immobilis, abſque decreto iudicis alienare non poteſt, ib. c. 2

Minor abſque decreto & alijs ſolennibus, rem immobilem alienare non poteſt, etiam ſi ea alienatio ipſius è re & vtilitate fuerit, ibi. c. 3

Minori ob læſionem non enormem tantum, ſed etiam mediocrem & non minimam, in integrum reſtitutio concedenda eſt, ibi. c. 4

Minor 25. annis etiamſi iuriſperitus ſit, ſi ex contractu læſus fuerit, in integrum reſtituitur, ib. c. 5

Conciliatio l. puberes 101. De verb. oblig. cum l. ſi curatorem C. de in integr. reſti. ib. c. 9

Conſtitutio Friderici Imp. in Auth: Sacramenta puber C. ſi aduerſ. vendit. quæ iubet ſacramenta puberum in rerum ſuarum alienationibus inviolabiliter ſeruari, locum ſibi nequaquam vendicat in impuberum ſacramentis, etiam ſi doli ſint capaces ibi. c. 10

Poteſt minor grauiter & enormiter læſus, etiam in integrum reſtitui aduerſus contractum iuramento firmatum; & abſolui ab eo ſeu relaxari, ib. c. 14

Minor 25. annis aduerſus contumaciam reſtituitur, expenſas tamen aduerſario refundere tenetur, l. 8. c. 104

Minor 25. annis abſque decreto iudicis, interueniente tantum tutoris vel curatoris authoritate, pacem cum ſuis aduerſarijs facere poteſt, l. 9. c. 43

Pace à minore rupta, quam tutore vel curatore authore iniuit, pœna per ſtipulationem promiſſa committitur, ibidem c. 44

Minor 25. annis aduerſus contumaciam iudicialem reſtitutus, expenſas tamen aduerſario reſtituere tenetur, lib. 10. cap. 2.

Minor renuncians beneficio reſtitutionis in integrum cum iuramento, petere reſtitutionem non poteſt, niſi ſit enormiſſimè læſus: erit tamen abſolutio quoque à iuramento petenda, l. 12. c. 15

Competit pupillo vel minori, ſi tutor vel curator rem eius immobilem non adhibitis

bitis iuris ſolennitatibus vendidit, remedium redintegrandæ poſſeſſionis, ib. cap. 57

De recept. arbitris.

Reductio à ſententia arbitratoris ad arbitrium boni viri, apud ordinarium rei iudicem petenda eſt, apud quem actio aliàs fuiſſet inſtituta, l. 8. c. 94

Reductio à ſententia arbitratoris ad arbitrium boni viri, intra decem dies petenda eſt, ib. c. 95

A ſententia iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri appellari poteſt, ibi. cap. 96

Promittens parere ſententiæ arbitri ſub pœna, ſi petat reductionem ad arbitrium boni viri, & iniuſtè ſuccumbat, pœnam ſoluere tenetur, l. 10. c. 93

LIB. V. DIGESTORVM.

De iudicijs.

Æquitas præferenda eſt rigori & ſtricto iuri. Ad interpret. l. placuit Cod. h. t. l. 1. c. 3

Tertius ad iudicium veniens admittendus quidem eſt, ſed priorum litigantium proceſſum inchoatum retardare nequit, quo minus inter dictos priores litigantes ſententiam iudex proferat, ibidem c. 5

Victus victori in expenſis condemnandus eſt, niſi ſententia pro abſente feratur. Ad explicat. l. properandum. §. ſin autem C. h. t. ib. c. 40

Reus qui ab initio iuſtam cauſſam litigandi habuit, poſtea vero malam ſe fouere cognouit, non in omnibus expenſis condemnandus eſt, ſed in factus duntaxat poſt illud tempus, quo iuſtam cauſſam habere deſiit, ib. c. 41

Victor in priore inſtantia ſuccumbens in cauſſa appellationis, abſoluendus eſt ab expenſis, niſi prior ſententia euidenter ſit iniuſta, ib. c. eod.

Victus victori in cauſſis criminalibus in expenſis condemnari non debet, ibidem c. 42

Iudex in quibuſdam caſibus de incidenti quæſtione nominatim pronunciare debet, ib. c. 43

Iudex ſecularis & laicus de cauſſa ſpirituali & eccleſiaſtica cognoſcere & iudicare non poteſt, ne quidem de iis quæ in ſolo facto conſiſtunt, ib. c. 44

Æquitas præferenda eſt rigori etiam in puniendis delictis, l. 11. c. 3

Poſt concluſum in cauſſa poſſunt produci inſtrumenta nouiter reperta, ſi iuſta cauſa ſubſit, ibi. c. 26

Non eſt abſoluendus à iudicij obſeruatione reus, quando terminus ad probandum datus non fuit, ibi. c. 28

Inſtantia iudicij cœpti inter laicos, in hæredem etiam clericum tranſit, lib. 12 cap. 43.

Stante ſtatuto quod victus victori inexpenſis condemnetur, hoc tamen non obtinet, quando iuſtam litigandi cauſſam victus habuit, ibi. c. 52

De inofficios. teſtam.

Legitima filiorum detrahenda eſt ex bonis iuri primogenituræ ſubiectis, feudalibus, & emphyteuticis, ſi ſint hæreditaria; aliàs ſecus ſi conceſſa ſint pro filijs & deſcendentibus, lib. 4. cap. 23

Teſtamentum patris inter liberos non valet, ſi vni ex filijs legitimam abſque titulo inſtitutionis relinquat, ib. c. 24

Si pater in teſtamento dicat, ſe filio centum pro ſua legitima relinquere, abſq; mentione inſtitutionis teſtamentum eſt inefficax. ib. c. 25

Legitima filiorum, auctis extrinſecis patrisfamilias, facultatibus, poſt eius mortem, non augetur: ſi de intrinſeco augmento agatur, ſecundum eius temporis æſtimationem quo legitimam petit, obtinebit; non vero tempore mortis paternæ, ibi. c. 26

Si filio legitima à patre viuente fuerit aſſignata auctis facultatibus patris, mortis

eius tempore, poteſt filius eam petere ſecundum bonorum quantitatem, quæ tempore mortis repetietur, ib.c.27

Legitima parentum & fratrum triens eſt, non quadrans, ib.c.28

Si filius teſtamento condito, hæredes inſtituat duos fratres vtrinque coniunctos, & matrem in legitimâ; matris legitima erit tertia pars tertiæ partis hæreditatis, ibid. c. 29

Legitima aſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda eſt, vt valeat teſtamentum ib.c.30

Filij qui parentibus non ſuccedunt, in numero filiorum cenſendi non ſunt, ad augendam vel minuendam portionem legitimæ eorum qui ſuccedunt, ib.c.31

Legitima filiorum ſtatuto tolli in totum non poteſt, ſed ex parte aliqua iuſtam ob cauſſam imminui ibi.c.32

Filius, cui legitima à patre aſſignata eſt in pecuniâ numerata, paternæ voluntati non cogitur acquieſcere, ib.c.33

Filius ob non confectum inuentarium, legitimam non amittit ib.c.34

Filius hæres à patre inſtitutus, hæreditatem repudiare nequit, legitimâ retentâ, ibi. cap.65

Si teſtamentum fratris in quo turpis perſona eſt inſtituta, contineat clauſulam codicillarem, frater qui tanquam præteritus illud reſcindit, non idcirco tenetur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem, legitimâ tantum ſibi retenta: legata tamen præſtabit, ib.c.91

Frater fratris teſtamentum tamquam inofficioſum impugnare non poteſt., ſi in eo ſpurium inſtituerit qui re & vita honeſtus ſit; ſecus ſi paterna vitia ſectetur, ib.c.93

L. ſi pater puellæ. C. hoc tit. aliæque ſimiles leges, quibus querela olim inofficioſi teſtamenti denegabatur, per l. quoniam in prioribus. eod. tit. quantum ad legitimam, correctæ non ſunt, lib. 5.c.27

Filius, patre monaſterium ingreſſo & religionem profeſſo, eo adhuc viuente legitimam portionem petere poteſt, L. 6.c.13

Si filius aſſerat ſe aliqua bona patris defuncti pro ſuâ legitimâ poſſidere, hæreditatem ſibi teſtamento relictam adiuiſſe cenſetur ib.c.56

Filius in re propriâ grauatus legitimam portionem retinere & reliquam hæreditatem repudiare non poteſt, ſi ſubſtitutum habeat vulgarem ibidem. cap. 57

Filius legitimam amittit ſi pia legata ſoluere neglexerit, ib.c.73

Militare teſtamentum non ſubiacet querelæ inofficioſi. ibi. c.74

Clericorum teſtamenta, ſi ſint inofficioſa, ſubiacent querelæ ac reſciſſioni, ibid. cap.75

Mandans prouideri filio de alimentis & ſumptibus litis, locum etiam habet in prima inſtantia. Ad l. ſi inſtituta. §. de inoffic. hoc tit. l.12.c.62.

De hæreditatis petitione.

Petitione hæreditatis non tenetur, qui titulum conſecutus eſt ab eo, qui ea actione conueniri poterat, niſi titulum lite pendente acquiſierit lib. 1. cap.4.

Hæreditatem petens ab inteſtato tamquam conſanguineus, probare tenetur ſe proximiorem eſſe, l.6.c.45

Hæreditatem petens tamquam proximior in ſucceſſione inteſtati; probare non tenetur eum de cuius hæreditate agitur, nullo condito teſtamento deceſſiſſe. ibi.c.46

Petitio hæreditatis non datur contra titulo poſſidentem, quamuis titulum acquiſiuerit poſt mortem eius, de cuius hæreditate agitur li. 11.c.4

Petitio hæreditatis eſt actio non in rem ſed mixta, ibid.c.62.

LIB.

LIB. VI. DIGESTORVM.

D. Si ager vectigal. vel Emphyt. pet.

EMphyteuſis finito tempore, ex vtriuſq; partis taciturnitate (ad inſtar locationis, iuxta l. item quæritur. §. qui impleto. D. locat.) renouata non intelligitur, l.1.c.84

Si particulare damnum contingat, ex quo tota rei Emphyteuticæ ſubſtantia nõ depereat, illud ad emphyteutam ſpectat: quod ſi notabile, puta inſignis ſterilitas, neque ideo penſio emphyteutæ, licet nõ exiguam, ſed fructibus reſpondentem & magnam ſoluenti, erit remittenda, l.1. c.89

Si res emphyteutica ſit ab hoſtibus occupata, locus erit penſionis remiſſioni, l.1. c.90

Emphyteuta Eccleſiæ collectas & tributa fiſcalia domino temporali ſoluere non tenetur, ibid.c.91

Emphyteuſi finita abſq; culpa Emphyteutę, meliorationes repeti non poſſunt, ſed ad dominium pertinent, ibid.c.92.

Emphyteuta non ſoluens penſionem per triennium, ipſo iure cadit ab omni iure quod habet, etiam non expectata iudicis ſententia, ibid.c.93

Emphyteuta ceſſante in ſolutione, & domino declarationem voluntatis ſuæ differente, fructus interim percepti non ad dominũ, ſed ad Emphyteutam ſpectant, ibid c.94

Dominus propter canonem per triennium non ſolutum, propria authoritate Emphyteutam expellere nequit, ibid.c.95

Emphyteuta qui per triennium canonem totum non perſoluit, iure ſuo priuandus eſt tribus caſibus, ib.c.96

Si Emphyteuta decedat pluribus hæredibus relictis, quorum vnus ſuam canonis portionem ſoluat, alter vero non: tota res Emphyteutica non reuertitur ad dominum, ſed portio tantũ non ſoluentis, ibid.c.97

Emphyteuta priuati, moram in continenti poſt elapſum tempus, ad euitandam pęnam, purgare non poteſt, ſecus in emphyteuta Eccleſiæ. ib.c.98

Dominus canonem recipiens ab Emphyteuta, poſtquam iam erat priuandus iure ſuo quia non ſoluerat, pœnam ipſam priuationis ſeu caducitatis quibuſdã caſibus remittere videtur, quibuſdam vero non, ibid.c.99. & l.13.c.77

Si res Emphyteutica fuerit ad dominum reuerſa, morte ipſius emphyteutæ & liberorum, non tenetur dominus eam dare proximiori agnato, l.1.c.100

Emphyteuta qui canonem emphyteuticũ ſe ſoluturum iureiurando promiſit, non cadit iure ſuo, ſi vno duntaxat anno ceſſauerit in ſolutione, l.3.c.16

Emphyteuta conſenſu domini non requiſito, ius ſuum emphyteuticum donare nequit, ibid.c.97. & l.13.c.49

In generali bonorũ obligatione etiam bona emphyteutica veniunt, l.3.c.98

Emphyteuta ius emphyteuticum donare non poteſt, niſi requiſito conſenſu domini, l.6.c.98

Emphyteuſi conceſſa alicui & filijs ſuis, fœminæ quoque continentur, l.8.c.97

Emphyteuſim non eccleſiaſticam ſi quis filijs ſuis ſtipuletur, etiam filijs naturalib. ſtipulatus eſſe videtur, ſi tum temporis extabant, ſecus ſi poſtea naſcantur, ibid. c.98

Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non ſoluit, pręſcriptionis allegatione nõ liberabitur, quo minus in futurum ſoluere cogatur, ibid.c.99

Diuiſio rei emphyteuticæ poteſt fieri inter emphyteutas ſine conſenſu domini, ſi noua ſit emphyteuſis, in qua iuri accreſcendi locus non eſt, & vni tota res per per diuiſionem adiudicatur l.10.c.49

Plures emphyteutæ poſſunt rẽ emphyteuticam inter ſe alienare irrequiſito domino, ſi locus ſit inter eos iuri accreſcẽdi, aliàs ſecus, l.10.c.50

Emphyteuſi duobus conceſſa ea lege vt vno mortuo eius portio ad alterum pertineat, ſi fiat diuiſio inter eos, & alter alteri renunciat omne ius quod ſperat ĩn alterius portione, poſtea autem contingat alterum abſque liberis mori, non domi-

nus directus ad illius portionem, ſed ſuperſtes admittitur, ibid.c.51

Emphyteuta irrequiſito domino donare non poteſt, ibid.c.68

Emphyteuſis conceſſa pro filijs & deſcendentibus,fœminas quoque comprehendit, l.11.c.20

Non eſt de ſubſtantia cõtractus emphyteutici,vt aliquid detur pro ingreſſu,l.13.c.72

LIB. VII. DIGESTORVM.

De Vſufruct. quemad. caueat.

NOn ſufficit iuratoria cautio cum vſufructuarius fideiuſſorem inuenire & ſatiſdare nõ poteſt, ſed proprietario bona retinere licet,& fructuario annuatim certam vel fructuum vel pecuniæ quantitatem pendere, ipſiq; fructuario de ea præſtanda idoneè cauere, l.8.c.40

In vſufructu earum rerum quæ vſu conſumuntur, præſtanda eſt ab vſufructuario ſatiſdatio duntaxat de ijs reſtituendis, prout inueniuntur finito vſufructu, nulla ratione habita æſtimationis quæ erat tempore traditionis, ibid.c.41

Ne quidem ei, cui vſusfructus relictus eſt earum rerum quæ vſu cõſumuntur,cautio à teſtatore remitti poteſt, ibid.c.42

Cautio in vſufructu earum rerum quæ vſu conſumuntur,nõ eſt de ſubſtantia ipſius vſusfructus, ibid.c.43

Pro vſufructu earum rerum quæ vſu conteruntur & minnuntur, cautio præſtanda eſt de ijs reſtituendis in eo ſtatu, quo reperiuntur finito vſufructu, niſi tales fuerint res quæ breui vſu atteruntur, l.12. c.50

LIB. X. DIGESTORVM.

D. finium regundorum.

IN iudicio finium regundorum prius de poſſeſſione cognoſcendum eſt, deinde agri menſor ad loca mittendus, vt proprietatis quæſtio dirimatur. Ad interpr. l.3.C.h.t. l.8.c.35

Spatium quinq; pedum (quo ire vterq; dominus & vicinus,aratrumq; circumuerti poſſet) inter agrorum vicinorum prędia ruſtica conſtitutũ, præſcribi aut vſucapi nequit,niſi ſpatio 30. annorum. Ad interpr.l.15.& l.vlt.C.h.t. ib.c.eod.

D. famil. erciſcund.

HÆreditas diuiſio etiam poſt longiſſimum tempus peti poteſt, l.6.c.36

Legiſtarum & Canoniſtarum diuiſio hęreditatis, qua illis arbitrio iudicis vel ſorti committitur, his verò maior ex fratrib. diuidit & minor eligit, pro cõſuetudine in vniuſcuiuſq; foro obtinet, ibid.c.37

Euictio inter cohæredes certis caſibus eſt præſtanda,aliquando non, ibid.c.68

Diuiſio bonorũ facta à patre inter liberos in poteſtate exiſtentes , etſi iuramento firmata ſit,tamen reuocatur, ib.c.69

Expoſitio & dilucidatio l. filium quem habentem, C.h.t. ibid.c.70

D. commun. diuidund.

DIuiſio facta per ſortes quę alteri ex diuidentibus grauem intulit læſionem, reſcindi poteſt,ſi ſortes per errorem tam inæqualiter factæ ſint,ſecus ſi ſcientibus ipſis diuidentibus, quod tamen etiam in minore non obtinet. Ad interp. l.3.C. commun.vtriuſq; iudic. l.8.c.36

Vt eiuſmodi diuiſio reſcindatur læſio vltra dimidiam non requiritur, ibid.c.eod.

LIB. XII. DIGESTORVM.

De reb. credit. ſi cert.petat.

EXtrinſeca æſtimatione monetæ mutata, ſi debitor fuerit in mora ſoluendi, damnum ex diminutione proueniens ad eum pertinebit:ſi vero nõ fuerit in mora,diminutionis detrimentum, vt & cõmodũ augmenti,creditoris erit, l.2.c.9

In contractu dotis ſi valor monetæ vel accreuerit vel decreuerit , eodem modo quo in præcedenti capite diſtinguendũ, l.2.c.10

Eadem ratio in emptionis & venditionis contractu obtinet, ibid.c.eod.

Idem ius ſtatuendum , etſi in eodẽ emptionis contractu pactum reuendendi acceſſerit, ibid c. eod.

Eadem planè diſtinctio adhibẽda in pecunia legato alicui à teſtatore relicta, ib. c. eod.

In con-

In contractibus ſi bonitatis intrinſecę mutatio contingat, nihilominus à contrahentibus ea bonitas eſt præſtanda, quæ tempore contractus erat, ibid.c.eod.

Explicatio l.2.§. mutui datione.D.h.t.quid ſit mutuum cóſiſtere in his rebus, quæ in genere ſuo functionem recipiunt,per ſolutioné magis quã per ſpeciem, l.2.c.49

Ei, qui mutuo aureos nummos accepit, licet reddere creditori inuito, æſtimationem eorum & precium in alia materia, puta argenteis nummis, l.2.c.50

Agens ex mutuo, nec probans numerationem factam, ſed tantam confeſſionem receptæ pecuniæ, obtinere debet vbi exceptio ceſſat non numeratæ pecuniæ: nam cum hęc exceptio locum habet, numeratio erit probanda, ibid.c.51

Mutuum plenè probatum eſſe dici non poteſt, cum vnus teſtis de numeratione, alter vero de confeſſione teſtificatur, ibid. c.eod.

Si variè teſtentur teſtes examinati (quia videlicet vnus affirmat centum mutuata, alter ſeptuaginta, alter quinquaginta) mutuum ſufficienter probatum non eſt, ne quidé quoad quinquaginta, ib.c.eod.

Si quis teſtibus probauerit ſe mutuaſſe, licet de quantitate non teſtificentur. ſtandum tamen erit de ipſa quantitate, actoris iuramento, ſi coniectura aliqua accedat, alias ſecus, ibid.c.eod.

Mutuatus pecuniã, ſtatim, vt eam reſtituat, compelli non poteſt, l.2.c.52

Magna eſt controuerſia de eo qui dixit, accipe hanc pecuniam, quiſnam cótractus iudicetur? ſed arbitrio iudicis hæc diſputatio committenda, ibid.c.53

Conſtituens procuratorem ad accipiendũ mutuo pecuniã, chirographo quo procurator confitetur ſe eam accipiſſe, non obligatur, ſi de numeratione aliter non conſtet, ibid.c.56

Etſi procuratoris confeſſio fiat pręſente iudice & authoritatem interponente, non tamen dominus obligatur, ibid.c.57

Vt quoque non teneretur etiamſi iurauerit ſe ratum habiturum, quicquid à procuratore geſtum erit, ibid.c.eod.

Neque etiamſi procurator conſtituatur ad accipiendũ mutuo pecuniam, & ad cófitendum ſe accepiſſe. ibid.c.eod.

Mutuatus argentum non ſignatũ. creditori inuito pecuniam & argentum ſignatum reddere poteſt, ſi modo eiuſdẽ ſit ponderis & intrinſecæ bonitatis, ibid. c.58

Frumentum mutuatus reddere non poteſt inuito creditori, æſtimationem eius in pecunia, ibid.c.70

Mutuum eſt etiamſi conuentum ſit, vt debitor non eiuſdem bonitatis rem reſtituere poſſit, ibid.c.eod.

Interpretatio l. ſi quis nec cauſſam, hoc tit. vbi textus non de periculo caſus fortuiti accipiendus eſt, ſed de eo periculo quod ex culpa aliqua depoſitarij euenit, ib.c.71

Debitor quantitatis reſpectu certæ ſpeciei, perempta ſpecie ante moram liberatur, ad inſtar debitoris certæ ſpeciei. Ad interpret. l.quod te.h.t. ibid.c.72

Si poſt moram res perempta ſit, debitor tamen indiſtinctè & abſolutè non tenetur, ſed videndum an ſimiliter apud creditorem peritura fuiſſet, ibid.c.eod.

In ijs caſibus in quib. mora incurritur abſq; interpellatione, rei interitu debitor etiã liberatur, ibid.c.73

Si debitori meo iuſſero vt pecuniam tibi det, ille vero tibi non dederit ſed promiſerit, non teneris mihi eam reddere, ſed actionem mihi cedendo aduerſus meum debitorem liberaris. Ad interpr. l.ſingularia, h.t. ibid.c.74

Debitor ex delegatione facta liberatur, nec amplius conueniri poteſt, etiam ſi delegatus debitor ſoluendo nó ſit, ib.c.eod.

Mutui æſtimatio facienda eſt ex tempore litis conteſtatæ, non autem interpellationis ſeu petitionis extraiudicialis. Ad interpr.l. vinum. h.t. ibid.c.75

Ciuitati mutuo dans pecuniam, populo præſente vel conſilio ipſius ciuitatis, non tenetur probare in vtilitaté eius eſſe verſam. Ad l. ciuitas, h.t. ibid.c.76

Non probatur pecuniam conuerſam fuiſſe in vtilitatem ciuitatis vel eccleſiæ, ex eo ꝙ probetur ciuitaté vel eccleſiam tépore mutui ea pecunia indiguiſſe, ibid.c.77

Si Præ-

Si prælatus cóſentiente capitulo pecuniam mutuatus fuerit, nec eam vnde reddere poſſit habeat, niſi immobilia bona eccleſiæ vendat, tamen ad reſtituendá pecuniam cogi poteſt, etiamſi nō probetur pecuniá in eccleſiæ vtilitaté eſſe verſam. Ad c. pen. de fideiuſſ. ib.c.78

Si Prælatus abſque conſenſu capitularium mutuatus ſit pecuniam, neq; conſtet eo defuncto an in vtilitatem Eccleſiæ verſa ſit, ſucceſſor ad eam reddendam non compellitur, niſi creditor illud probet, ibid. c. eod.

Perpetui etiam Prouinciarum rectores ſeu adminiſtratores negotiari, mutuam pecuniam dare, fœnuſque exercere prohibentur. Ad l. principalib. h.t. ib.c.79

Idem ſtatuendum de rectoribus ciuitatum vel prouinciarum, ex quib. oriundi ſunt, ibid.c.eod.

Sed nec palam nec bona fide hoſce contractus prohibitos celebrare ijs licet, ibid. c. 80

Non tamen impeditur ſtatim finito officio & adminiſtratione contrahere, ibid. c. eod.

Certi condictio ex l. Aquilia dupli condemnationem non continet. Ad interpr. l. certi condictio. h.t. ibid.c.91

Certi condictio non competit ad intereſſe, ibid. c.eod.

Pro mutuo certi condictio ſpecialis competit, ibid.c.eod.

Difficultas ſoluendi debitorem quantitatis à mora excuſat, ibid.c.92

Si ex lege municipali inſtrumenta cōtra debitores executionem habeant, non tamen erit executioni locus aduerſus eum debitorem, qui factum promiſit nec illud præſtat, pro eo quod creditoris interſit, l.3.c.96

Debitor rei certę ex obligatione deſcendēte ex maleficio liberatur ſi eodem modo apud actorem fuiſſet peritura, aliàs non, l.8.c.100

In alijs obligationibus quæ non ex maleficio deſcendunt debitor poſt moram re perempta ſimpliciter non liberatur, ſed cum diſtinctione an res fuerit peritura, idque certis caſibus, ibid. c.101

Creditor inuitus nō cogitur accipere particularem ſolutionem, l.10.c.59

Vbi res debita eſt perempta poſt moram debitoris, reus ad ęſtimationem eſt condemnandus, l.11.c.40

Debitor tenetur qui rem ſua culpa deſijt habere in poteſtate, ibid.c.41

De mutatione monetæ additio ad ſcripta præcedentia, ibid.c.42

Duplici mandato facto in eadem perſona, vnum per alterum non renouatur, ibid. c.43

In vero & naturali mutuo dominium abſque traditione transfertur. Ad l. ſingularia. h.t. ibid.c.44

Vbi ſtipulatio ſequitur poſt numerationem pecuniæ, oritur actio ex ſtipulatione, nō autem ex numeratione, idque tantum in mutuo obtinet, ibid.c.47

Venditio eiuſdem rei bis facta non valet, niſi aliquid diuerſum contineat à prima, ibid.c.48

Mutuum contrahi poteſt vt vna res detur pro alia; puta frumentum pro vino, aut oleo, ibid.c.49

Debitor audiendus qui ſpeciem, ex qua nūmos comparatos mutuo accepit, nó autem pretium iſtius venditæ ſpeciei reſtituere vult. Ad l. rogaſti. h.t. ib.c.50

Per commixtionem, dominium non tantū in pecunia, ſed etiam in alijs rebus amittitur: ſi bona fide, & iuſto titulo fiat mixtio, ib.c.51

Dominus pecuniam ſuam quam alius ludendo amiſit, vendicare poteſt, ib.c.52

Si mandauero Titio debitori meo vt ſoluat Sempronio creditori meo, & Titius promiſerit ſe ſoluturum, ego non ſum liberatus.

Delegatio non poteſt fieri à debitore creditori ſuo, alterius quā debitoris ipſius delegantis, ibid.c.54

Verba rubricæ D. h. t. non tantum reſtringenda ſunt ad mutuum, verum etiam omnem actionem ſignificant, qua certam pecuniam petimus, ibid.c.64

Rubrica quamuis generalior nigro, tamen ad deciſionem cauſarum poteſt allegari

gari, ibid.c.67

Statuti rubrica ita erat concepta, Filia dotata non ſuccedet: in nigro autem nihil dicebatur niſi de bonis matris & auiæ, tamẽ generaliter etiam à bonis paternis intelligitur excluſa, ibid.c.68

Creditor impropriè dicitur, cui aliquid ex legato vel maleficio debetur, ib.c.71

Si cui priuilegium conceſſum ſit vt nõ poſſit cõueniri à ſuis creditorib. intra quinquennium, à creditoribus tamen ex delicto conueniri poteſt, ibid.c.72

Creditum quoque impropriè refertur ad creditum ex legato vel maleficio, ibid. c.73

Creditor propriè non dicitur cui ſub conditione vel in diem debetur, ibid.c.74

De iureiurand.

NVlla pœna Iure Ciuili conſtituta eſt peieranti, diuino nomine inuocato, l.1.c.14

In cauſis criminalibus iuramentum in ſupplementum probationis, à iudice deferri poteſt, ſi ciuiliter agatur, ſecus ſi criminaliter, ib.c.15

Iuramentum in ſupplementum probationis, & à litigatoribus peti poteſt, & à iudice deferri debet, licet non petatur, ſi æquitati conſentaneum ſit, ibid.c.16

Poſt concluſionem in cauſa peti à litigatoribus poteſt vt iuramentum deferatur, ibid.c.17

Si ante concluſionem in cauſa petitum id non fuerit, à iudice nihilominus deferri poteſt. ibid. c.eod.

In cauſſis pecuniarijs, reo nihil, actore ſemiplene intentionem ſuam probante, iuramẽtum ſuppletorium à iudice actori deferri poteſt, ibid.c.18

Iuramentum delatum à parte parti in iudicio recuſari non debet, etiamſi illud deferens nil probauerit, ibid.c.19

Idem iuramentum ſi reo offeratur ab actore, qui conatus eſt ſuam intentionem aliter probare, & non probauit, neceſſario erit ſubeundum, ibid.c.20

Si locus relationi iuramenti non ſit, delationi tamen nihilominus locus eſſe poteſt, ibid. c.21

Iuramentum recuſari non poteſt, etiamſi periculum ſit, ne periurium detegatur, ib.c.22

A ſententia iudicis iureiurando ſiue delatorio ſiue relatorio, cauſam decidentis, non licet appellare.

Prorogatione temporis debitori ad ſoluẽdum facta, iuramentum etiam repetitũ cenſetur, l.3.c.6

Prorogatione compromiſſi ex partium cõuentione facta: iuramentum quoq; iteratum cenſetur, ib. c.7

Iuramentum neceſſariò verba nõ requirit, ibid.c.8

Iuramento confirmatur cõtractus aliàs per ſe inualidus: neque adeo ipſum duntaxat iuramentum ſeruare ſufficit, ib. c.11

Ex iuramento promiſſorio iure ciuili actio ſeu obligatio non oritur; vti nec iure canonico: ſed officio iudicis vel cenſura eccleſiaſtica compellendus eſt ille qui iurauit, ad præſtandum quod promiſit, ib. c.12

Secularis Princeps relaxandi ſeu remittendi iuramentum, ac de eo ſtatuendi legib. veteribus poteſtatem habuit: ſed hodie de iure canonico ſolus iudex eccleſiaſticus, ibid.c.15

Iuramentum efficit vt obligatus ad factum præciſè compelli poſſit, ibid.c.17

Iuramentum non conſtituit debitorem in mora abſq; interpellatione, ibid.c.95

In abſolutione à iuramento partis aduerſæ citatio ad effectum agendi non requiritur, l.8.c.61

Eccleſiaſticus iudex qui abſolutionem à iuramento conceſſit, non remanet iudex cauſæ principalis, ibid c. eod.

Iuramentum metu extortum non obligat in foro ſoli, ſed in foro poli, ibid.c.102

Auth. hoc niſi. C. de ſolution. locum etiam habet in debitore qui iurauit, l.10.c.63

In caſu l. admonendi. h.t. reſtitutione in integrum opus non eſt, vt ſententia retractari poſſit propter inſtrumenta nouiter reperta, l.11.c.27

Iudex qui abſoluit à iuramento, non effici-

tur iudex competens in cauſa principali, ibid.c.78

Iuramentum impedit moræ purgationem etiam de iure Canonico, l.12.c.12

Iuramentum creditoris nō ſufficit ad probandam fugam debitoris, l.13.c.84

LIB. XIV. DIGESTORVM.

D. Ad SCtum. Macedon.

Filiusfamilias renunciare non poteſt exceptioni SCti. Macedoniani, l.2.c.62

Cum filiusfam. mutuum cōtrahit iuramēto interpoſito, exceptio SCti. locum nō habet, ſed obligatur ad ſoluendum, & ſi ſoluerit nō repetit: abſolutio autem petenda eſt, ſi in tali loco celebratus ſit cōtractus vbi filijfam. ob eam cauſam facile corrumpuntur, ibid.c.eod.

Filiusfam. in animæ iudicio atque in foro cōſcientiæ tenetur mutuo acceptam pecuniam reſtituere, ib.c.eod.

LIB. XVI. DIGESTORVM.

D. Ad SCtum. Velleian.

Mulier SCto. Velleiano renunciare poteſt, l.2.c.60

Dato quod in obſcuro ſit an renunciatio valeat, valet tamen ſi iuramento ſit corroborata, l.2.c.61

Mulier fideiubens non renunciando SCti. beneficio, iuramento tamen interpoſito, efficaciter obligatur, ibid.c.eod.

Si Notarius ſcripſerit in inſtrumento mulierem renunciaſſe SCto. Velleiano, & ipſe interrogatus quid Velleianum ſit, ignoret, iſta renunciatio non valet, l.11. c.65

De Compenſationib.

Compenſatio locum non habet, vbi quantitas ex vna parte debetur, ex altera vero quantitas quæ ſe habet ad inſtar ſpeciei, l.1.c.6

Debitor qui iurauit ſe ſoluturum, obijcere etiam compenſationem poteſt, ibid. c.7.

Compenſationem opponens non cenſetur debitum fateri, l.1.c.6

Non admittitur compenſatio de ſpecie ad quantitatem, ibid.c.7

Depoſit.

Depoſitum quod Dd. noſtri confeſſionatum vocant, eodem iure cenſeri debet, quo verum & reale depoſitum, l.2.c.93

LIB. XVII. DIGESTORVM.

D. mandat.

Habens mandatum ad vendendū vel locandum rem alterius, cenſetur etiam illud habere ad precium accipiendum rei venditæ vel locatæ, l.2.c.94

D. pro ſocio.

Contracta ſocietate in quam alter pecuniam confert, alter operam & induſtriam, pecunia non videtur eſſe communis effecta, neque finita ſocietate diuidenda, l.2.c.95

Cum in ſocietatem alter pecuniam, alter operam ac induſtriam confert, ſi pecunia fuerit amiſſa, periculum nōn erit cōmune, ſed ad eum pertinebit qui pecuniam contulit, l.2.c.96

Dos filiæ vnius ex ſocijs omnium bonorum, ſoluenda eſt ex bonis communibus, non verò diuiſionis tempore imputanda eſt in partem patris, l.8.c.4. & l. 12.c.13

Societas omnium bonorum tacite contrahi non poteſt, l.12.c.14

LIB. XVIII. DIGESTORVM.

De contrahend. emption.

Venditio facta eo pretio quod in arca habeo, valet & conſiſtit, lib.2.c.11

Venditio facta iuſto precio, venditio non eſt, ibid.c.eod.

Venditio facta precio declarando à peritis æſtimatoribus, ab vtraque parte eligendis, valida eſt, ibid.c.eod.

Duo-

Duobus vendentibus cum pacto redimendi, altero nolente vel negligente redimere, licet vni totum precium offerendo, rem totam redimere, ibid.c.2

Minor 25. annis emens rem cum pacto revendendi, abſque decreto iudicis & alijs ſolemnibus: eiuſmodi pacto non obligatur, ibid.c.3

Venditione facta cum pacto redimendi intra certum tempus, ſi ante lapſum dicti temporis pars precij ſoluta fuerit, & poſt tempus elapſum redimere volens, reſiduum ſoluere paratus ſit, audiendus erit ſi modicum neque longum tempus effluxerit, ibid.c.4

Qui vendere promiſit precioque accepto rem tradidit, nulla tamen venditione facta, nihilominus dominium rei in accipientem tranſtulit, ibid.c.5

Re vendita cum pacto redimendi, incrementum alluuionis non pertinet ad eum qui redimit, ſed ad eum qui revendit, ibid.c.6

Qui promiſit facere pactum de revendendo, inmediate ad id cogi poteſt, ſi pactũ de revendendo rem certam & precium certum contineat, ibid.c.7

Is qui revendere promiſit, præciſe compelli poteſt ad revendendum, ibid.c.8

Ius redimendi quod competit ex pacto, in alium transferri poteſt, ibid.c.11

Pactum revenditionis vſuræ præſumptionem non inducit, neque cenſetur eſſe fœneraticium, niſi hæc tria concurrant, videlicet precij modicitas, pactum revendendi, & conſuetudo fœnerandi, l.2. c.12. & l.12.c.27

Pacto redimendi, quoties ita conceptum eſt, vt ſemper quandocunque venditori liceat redimere, ne quidem ſpatio longiſſimi temporis præſcribitur, l.2. c.13

Fructus rei venditæ cum pacto redimendi, pro rata parte ipſius anni, inter emptorem & venditorem diuendendi ſunt, ib. c.14

Ex pacto reuendendi dominium rei venditæ ad venditorem reuertitur, & propterea rem à quolibet tertio detentore vindicare poteſt: ſi videlicet huiuſmodi pactum verbis directis celebretur: ſecus ſi obliquis, ibid.c.15

Venditione ad corpus facta, ſi maior ſit menſuræ modus quàm à venditore fuit expreſſa, id emptoris lucro cedit, ibid. c.27

Si vero minor, venditoris damno cedit, ib.c.eod.

Venditione facta datis arrhis, ſi alter ex contrahentibus promiſſa non exequatur, arrhæ datæ amittuntur, aut duplum ab eo qui illas accepit reddi oportet, ib. c.28

Venditor rem venditam tradere præciſe nõ tenetur, quamuis tradendi facultatem habeat, ſed liberatur ſi id quod emptoris intereſt perſoluat, ibid. c.30

Venditor actione ex empto conueniri popoteſt, vt realiter & effectualiter rem venditam emptori tradat, quando emptoris nomine ſe illam conſtituit poſſidere, ibid. c.31

Idem & in precario obtinet, ib.c.eod.

Cum eadem res duobus vendita eſt, in obtinendo dominio potior erit is, cui priori res eſt tradita: quod idem & in perſonis Eccleſiaſticis vendentibus obtinet. Ad interpretationem, l.quoties.C.de rei vendicat, ib.c.32

Venditio non probatur, ſi teſtes de certo precio non teſtificentur, ib.c.34

Volenti ex pacto rem redimere ſufficit realis oblatio precij, niſi pars aduerſa recuſaret accipere, tunc enim depoſitione pecuniæ opus eſt, ibid. c.41

Cum pro re datur res, & ſimul etiam pecunia, partim venditio eſt, partim permutatio, ibid. c.45

Cum res ſiue ſpecies certa datur pro incerta, vel incerta pro certa, permutatio eſt, ibid.c.eod.

Cum pecunia alicui datur vt res tradatur, emptio eſt, ſi vero vt detur, contractus eſt innominatus. Ad conciliat. l. naturalis. §.1. de præſcript. verb. & l. vlt. De condict. cauſ.dat. ibid.c.59

Emens ab Eccleſia non tenetur ſtare colono, l.11.c.21

De reſcindenda vendition.

L. 2. C. h. t. locum etiam habet in emptore, vltra dimidiam iuſti precij læſo; quomodo autem ex parte emptoris læſio conſideranda ſit, explicatur, l. 2. c. 16
Iuramentum maioris 25. annis contractui adhibitum, aufert beneficium. d. l. 2. h. t. niſi abſolutionem à iuramento petierit, ibid. c. 17
Contra tertium & ſingularem ſucceſſorem. d. l. 2. locum nō habet, vti nec re ſine culpa venditoris, caſu ſcilicet fortuito, perempta, ibid. c. 18
In clauſula vēditioni adiecta, & ſi quid pluris res valet, donat, etiam d. l. 2. obtinet, ſi venditor vltra dimidiā, ſecus ſi in modica quantitate lædatur, ibid. c. 19
Nulla, quamuis per hanc clauſulam aliquid emptori donatum eſſe videatur, in ſupputatione læſionis facienda eſt deductio, ibid. c. eod.
Quoties autem d. clauſula pinguius, magis generaliter, ac vniuerſaliter eſt cōcepta, d. l. 2. locum non ſortitur, ibid. c. eod.
Venditor, etiamſi ex certa ſcientia & nullo errore ductus, donat ſi quid pluris res valet, nihilominus beneficium d. l. 2. intentare poteſt, ib. c. eod.
Si forte precij quantitas à venditore donata, ſummam quingentorum aureorum excedat, inſinuatio erit neceſſaria, ibid. c. eod.
Agenti ex d. l. 2. exceptionem melioramentorum obijcere, ſumptuſq; in rem factos vtiles ac neceſſarios emptor deducere poteſt, ibid. c. 20
Etiam venditio facta cum decreto iudicis ex d. l. 2. reſcindi poteſt, ibid. c. eod.
Si inter emptorem & venditorem conuenerit, vt ſi vltra dimidiam læſio contigerit, iuſtum pretium ſuppleatur, nihilominus contractus ex d. l. annullari poteſt, ib. c. eod.
Si emptor inuenerit theſaurum in re vendita, theſauri ratio non habetur, vt ideo venditor vltra dimidiam læſus agere poſſit, ibid. c. eod.
Venditori etiam ſcienti iuſtam rei æſtimationem, beneficium, d. l. 2. competit, ibid. c. eod.
Renunciatio generalis de omni legum auxilio venditori non obeſt, ſpecialis vero huius l. 2. renunciatio nocet, ib. c. eod.
In liberatione facta debitori, ſi ex ea creditor vltra dimidiam læſus fuerit, d. l. 2. h. t. locum non habet, ſed alio remedio, iuxta naturam actionis, ei ſuccurrendum, l. 2. c. 21
Etiam in venditione præcedente ſubhaſtatione facta, huic l. 2. locus eſt, ib. c. eod.
Quin & in datione in ſolutum extraiūdiciali obtinet: non autem in iudiciali, ib. c. eod.
Nec in contrahentium geminato atq; iterato conſenſu ceſſat, ibid. c. eod.
Conductori grauiter & vltra dimidiam læſo, h. l. 2. beneficium non eſt denegandū, ibid. c. 22
Etiam emphyteutæ vel domino, grauiter & immoderatè in emphyteuſi danda vel ſubeunda læſis, d. l. 2. aliquatenus erit applicanda, ibid. c. eod
In permutatione beneficiorum Eccleſiaſticorum, locus eſt huic conſtitutioni, d. l. 2. tribus tamen concluſionibus, ibid. c. eod.
Conſtitutio d. l. 2. etiam ad contractus ſtricti iuris porrigitur, ibid. c. eod.
Reſciſſa venditione ex remedio d. l. 2. reſoluitur etiam hypotheca medio tempore contracta, ibid. c. 23
Venditione per d. l. 2. reſciſſa, res venditori non eſt reſtituenda, cum fructib. ab emptore perceptis, ibid. c. 24
Additio ad hæc, l. 13. c. 41
Venditio medico ab infirmo facta reſcinditur, licet læſio non vltra dimidiam, ſed ſaltem magna interueniat, l. 2. c. 25
Etiam in foro Eccleſiaſtico venditori læſo vltra dimidiam actio datur, ib. c. eod.
Si per procuratorem res vendita fuerit, cōtractus reſcindi poteſt, ſi læſio vltra dimidiam probetur: non autem ſi citra dimidiam ſit, ibid. c. 29
In æſtimatione rei dotalis etiam læſio citra vel infra dimidiam attenditur, ibid. c. eod.

Arbi-

Arbitramentum cum ſit quædam tranſactio, idcirco ad eius læſionem dijudicandam, ſpectari debet litis euentus. lib. 11. cap. 22

Ad reſcindendam venditionem propter læſionem vltra dimidiam, remedium ex ipſo contractu ad reſciſſionem datur, l. 12. c. 31

LIB. XIX. DIGESTORVM.

De action. Empt.

EMptor nactus poſſeſſionem rei venditæ, & ex ea fructus percipiens, ſi in mora ſoluendi precij exiſtat, tenetur partẽ precij quam penes ſe habet cum vſuris reſtituere: ſecus ſi nullos fructus ex re vendita (vtpote ſterili) perceperit. Ad interpr. l. curabit C. h. t. li. 2. c. 32

Vſurarum præſtationi locus eſt, quando venditor non tradidit emptori rem liberam, vt tenebatur; vel fideiuſſorem quem promiſit, euictionis nomine non dedit, ibi. c. eod.

Iuſtè & abſque vſuræ labe conuenire venditor cum emptore poteſt, vt donec pretium rei venditæ (puta prædij vel alterius rei fructiferæ) numeretur, aliquid certi annuatim pendatur; ſi modo taxatæ vſuræ quantitas, non excedat fructuũ quantitatem, ex re vendita veriſimiliter percipiendorum, ib. c. eod.

D. locat. & conduct.

CVm pro mercede pecunia non datur, ſed aliud quippiam, locatio non eſt, ſed alius contractus, li. 1. c. 82

Si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & ad illud tempus eum conduxerit, deinde finito tempore in conductione manſerit; locatio quidem renouata, ſed ipſum tempus redimendi prorogatum eſſe non cenſetur, ib. c. 83

Conductor gratia colligendorum fructuũ ſumptus in rem conductam factos à locatore repetere poteſt, quando ad perpetuam rei vtilitatem facti ſunt, ib. c. 85;

Si conductor ſuſcipiat in ſe periculum caſus fortuiti, & caſus inſolitus contingat, nihilominus ad conductorem non verò ad locatorem damnum pertinebit, ibid. cap. 86.

Si domus conducta comburatur, & ignoretur vtrum caſu vel culpa ortum ſit incendium, locatoris non erit damnum, ſed conductoris, niſi de diligentia ſua doceat, ibi. c. 87

Si quis locauerit rem & conductori obligauerit omnia ſua bona (vt plerumq; fit in Italia) deinde rem vendiderit, emptor huius rei conductorem expellere non poteſt, niſi illi id quod eius intereſt præſtetur, ibi. c. 88

Conductor etiam tenetur de incendio ex culpa eius leuiſſima orto, l. 13. c. 74

LIB. XX. DIGESTORVM.

De pignoribus & hypothec.

IS cui plures res ſunt obligatæ à diuerſis poſſeſſoribus detentæ, non opus habet omnes pro rata conuenire, ſed contra quemlibet ex poſſeſſoribus in ſolidum agere poteſt, l. 2. c. 47

Pactum legis commiſſoriæ in pignoribus iuramento firmatur, l. 10. c. 73

Tertius poſſeſſor conuentus hypothecariâ, liberatur offerendo æſtimationem rei quam poſſidet, li. 11. c. 11

Si tertius poſſeſſor ſumptus & meliorationes in rem fecerit, hypothecaria actione conuentus offerre poteſt æſtimationem rei detractis meliorationibus, ibi. c. 12

Poſſeſſori conuento à creditore competit ius offerendi ex l. fin. C. de acquir. poſſeſſ. ibid. c. 13.

Qui potior. in pignor. habeant.

SI duo inſtrumenta hypothecæ proferantur eodem die contracta, vnum fiſci alterum priuati, ex titulo oneroſo, in dubium neutrum præſumetur prius; ſed idem ſeruandum ſicut quando inter duos priuatos res agitur, l. 10. c. 33

Cum inter mulierem de dotis hypotheca

agitur, & inter fiſcum in ſpecie propoſita capite præcedenti, mulier erit præferenda, ib. c. eod.

Priuilegium dotis tacitæ hypothecæ tranſit etiam ad mulieris hæredes ſuos, non autem extraneos, vti nec ad eius patrem, nec ad ceſſionarium; niſi in mulieris commodum & vtilitatem ceſſio facta ſit ib. c. 34

Mulier pro dote hypothecam habens in bonis viri ſui, præfertur creditoribus anteriorem hypothecam expreſſam tacitamve habentibus, ibi. c. 35

Ius offerendi poſterioribus creditoribus non competit, vbi anteriori creditori facta eſt adiudicatio per ſententiam iudicis, ipſis in iudicio citatis & præſentibus; alias ſecus, li. 11. c. 9

Creditor ex cauſſa funeraria præfertur aliis creditoribus etiam anteriorem expreſſam hypothecam habentibus, lib. 12. cap. 49

Creditor qui priorem habet hypothecam, poteſt pecuniam poſteriori creditori ſolutam repetere & recuperare, ib. c. 53

LIB. XXI. DIGESTORVM.

De Euictionibus.

VT emptori euictionis nomine aduerſus venditorem ſit conſultum, non ſufficit ſimplex litis motæ denunciatio ſeu inthimatio, ſed præterea inſtandum & interpellandum eſt, vt venditor ad defendendum veniat, li. 2. c. 53

Neceſſe eſt in ipſo denuntiationis libello inſerere acta litis motæ aduerſus ipſum emptorem, ib. c. eod.

Hæc ſolennis denunciatio requiritur etiam quando venditor ſcit litem motam emptori, & quæ acta ſunt nouit, ib. c. eod

Si venditor ſciat emptori litem eſſe motam & iuramentum in contractu venditionis acceſſerit de emptore defendendo in caſu euictionis, denunciatio ſeu interpellatio omninò neceſſaria non eſt, ibid cap. 36

Venditor etiamſi nouerit litem motam, & inſtrumenta pertinentia ad cauſſæ defenſionem habeat penes ſe, non tamen tenetur emptorem vltrò & non requiſitus defendere, ib. c. eod.

Emptori quamuis litem venditori non denunciauit, nihilominus actio datur de euictione, ſi conſtiterit etiam denunciatione facta rem defendi non potuiſſe, ibid. c. 37

Eccleſia agere de euictione poteſt licet vẽditori litem non denunciauerit, ſi modo venditor litem motam non ignoret, ibid cap. 38

Clericus venditor cui lis emptori mota denunciatur, trahere cauſſam ad forum eccleſiaſticum non poteſt, ibi. c. eod.

Neq; fiſcus cauſſam ad ſuum iudicem reuocare poteſt, ibi. c. eod.

Emptor qui in lite ſibi mota vicit aduerſarium, eo tamen ab expenſis abſoluto, ſumptus factos cauſſa litis agitatæ, à venditore repetere poteſt, ib. c. 39

Emens ſcienter rem alienam, non habet actionem de euictione, nec ad precij reſtitutionem; niſi aliter ſit conuentum, ibid. c. 40

Si pacto, non ſolum generali ſed etiam ad certam cauſſam vel perſonam reſpiciente, conuentum ſit, vt agi non poſſit de euictione; nihilominus emptori ad precij reſtitutionem actio competit, ibidem cap. eod.

Emptor re euicta non tenetur appellare, ſi malam dubiamve cauſam habuerit, vel ſi neceſſitas appellandi pacto ſit remiſſa: ſecus ſi bonam cauſam foueat, licet venditor ipſe præſens ſit, ibid. c. eod.

Statuto ciuitatis mandante cauſas inter conſanguineos compromitti in arbitros ſeu arbitratores; poteſt venditor ad emptoris defenſionem accedens in lite mota, cogere aduerſarium ad compromittendum, li. 2. c. 41

LIB. XXII. DIGESTORVM.

De vſuris.

Contractus vſurarius eſt, cum quis ruſtico mutuat ea lege vt agrum eius colat, iuſta tamen mercede, li. 2. c. 54

Vſuram etiam committere dicitur is, qui fœnori pecuniam accepit, quam & alijs fœnori dedit, li. 2. c. 55

Ad reſtitutionem vſurarum perceptarum tenentur etiam vſurarij mercatoris, veluti inſtitores, procuratores, & miniſtri; facta tamen prius excuſſione ipſius mercatoris, ib. c. eod.

Iuſtum pretium annui cenſus eſt illud; quod æſtimationi rei ſuper quâ conſtituitur, & fructibus qui ex ea percipiuntur, reſpondet & conforme eſt, lib. 2. cap. 43

Annuus cenſus neceſſario conſtitui debet, ſuper rebus ſui natura frugiferis, lib. 2. cap. 44

Trientes vſuræ non ſunt ea quæ triennio ſortem æquant, ſed cum quatuor pro centenario dantur, l. 5. c. 14

Annuus cenſus iuſtè & legitimè emi ac vendi poteſt, ſeruata tamen iuris forma, li. 8. c. 2

Vſuræ non debent excedere duplum ſummæ quæ tempore ſolutionis penditur, li. 10. cap. 65

Intereſſe lucri ceſſantis in contractibus poſt moram non debetur, l. 11. c. 15

Is qui petit intereſſe lucri ceſſantis, probare debet moram debitoris, conſuetudinem lucrandi, & merces in promptu fuiſſe, ibi. c. 39

De nautico fœnore.

Iura ciuilia de nautico fœnore non ſunt ſublata per ius Canonicum. c. nauiganti de vſur. l. 2. c. 48

Nauigans vel ad nundinas proficiſcens atque ea lege mutuans, vt propter periculum ſuſceptum aliquid vltra ſortem recipiat, non præſumitur aliter fuiſſe mutuaturus, niſi debitor ita paciſceretur, ibid. c. eod.

De probation. & præſumption.

Ex indicijs, argumentis & præſumptionibus non damnari reus aliquâ pœnâ, ſed torqueri debet: quod ſi cōditio cauſæ vel perſonæ id non patiatur, abſoluendus erit, l. 1 c. 29

Legitima indicia ad inquiſitionem ſpecialem de crimine contra aliquem inſtituendam, ex ſolâ infamiâ publica ſufficiunt, l. 9. c. 15

Reus definitiuè abſoluendus eſt, quando crimen ab eo commiſſum fuiſſe iudici non eſt probatum, ibi. c. 16

In criminibus iudex à captura perſonę incipere nequit, nullis legitimis indicijs pręcedentibus, ibi. c. 55

Quænam ſint in criminibus Indicia legitima ad capturam rei, iudicis arbitrio eſt relinquendum, ib. c. 56

Teſtimonium ſocij criminis non facit indicium ad inquiſitionem, ibi. c. 88.

De fide inſtrument.

Syngrapham recognoſcens ille qui ſcripſit, negans tamen contenta eſſe vera, non auditur contra eam, niſi contrarium probauerit, l. 11. c. 29

Priuata ſcriptura, quam teſtes recognoſcunt, qui fuerunt præſentes non tamen ſubſcripſerunt fidem quoque facit, ibid. cap. 30

Priuata ſcriptura etiam non recognita fidem aliquam meretur, non tamen plenam, nec ſemiplenam, ibid. c. 31

Liber rationum probat in iudicio aduerſus ſcribentem, ib. c. 32

Liber ſcribentis an pro ſcribente probet in connexis, iudicis arbitrio relinquitur, ib. c. 33

Liber priuatus pro tertio contra tertium non probat, nec plenè, nec ſemiplenè, ibid. c. 34

Epiſtola negata & non recognita per comparationem litterarum plenam fidem non meretur, ſed tantum ſemiplenam, ibid. c. 35

Inſtrumentum confectum inter duos nomi

non probat contra tertium, ne quidem ſemiplene, ib.c.36

Confeſſio abſente parte non probat, neque etiam de iure Canonico, ibi.c.37

Inſtrumentum authenticum probat, etiamſi non doceatur originale deperditum eſſe, ib.c.38

Inſtrumentum redditur falſum, ſi Notarius ſcripſerit Titium pecuniam dediſſe & numeraſſe; teſtes autem deponant nullam numerationem interueniſſe, ibid. cap.55

Non creditur inſtrumento referenti ſe ad aliud niſi illud exhibeatur, ad quod relatio habetur; ne quidem ſi Notarius dicat ſe illud vidiſſe & legiſſe, li.12.c.3

De teſtibus.

FRater admittendus non eſt in teſtem pro fratris ſui defenſione in criminalibus, l.9.c.83

Teſtis ſi in iudicio contraria, ex interuallo temporis depoſuerit, & ſi timor ſubornationis eſſe poſſit ob publicatas atteſtationes, non poſteriori depoſitioni ſed priori credendum eſt; iſto caſu ceſſante iudex arbitretur, ib.c.84

Teſtis ſi contrarium teſtimonium dixerit in iudicio, ei quod extra iudicium dixerat, cui fides adhibenda ſit, iudicis arbitrio relinquatur, ibi.c.85

Teſtis de auditu non transfert in aduerſarium onus probandi contrarium, lib.11. cap. 66.

Defenditur opinio Bartoli in l.1. D. ſi cert. pet. videlicet teſtem probare ſi deponat ſe ſcire, quia ſit vicinus vel conſanguineus, ib.c.69

Si delictum probetur per teſtes dicentes ſe ſcire quia ſunt vicini, non ordinaria pœna, ſed leuior erit imponenda, ibid.c.70

Reus ideò tenetur reſpondere poſitionibus actoris, vt facilius lites expediantur, quia ſi ipſe fatetur non erit opus probatione, ibi.c.83

Laici non poſſunt eſſe teſtes contra Clericos in cauſis criminalibus etiamſi agatur de delicto commiſſo in villa, & alio loco vbi aliorum Clericorum copia non eſt, l.12.c.77

Teſtis non eſt afficiendus pœna extraordinaria, cui crimen per modum exceptionis obijcitur, ſi de eo confeſſus vel conuictus ſit, li.13. c.43

De iur. & fact. ignorant.

ERror iuris ne quidem ad præſcriptionem longiſſimi temporis prodeſt, lib. 8.cap.28

Error iuris ad acquiſitionem fructuum non prodeſt, ib.c.29

Indebitum per errorem iuris ſolutum repeti non poteſt, licet omni iure indebitum ſit, id eſt, tam ciuili quam naturali: excepta muliere. Ad interpret. l. 7. & 8. hoc tit. l. cum quis C. hoc tit. ibid. c.106. Ecl.10.ca.11

Iuris ignorantia latæ culpæ in quibuſdam caſibus adſcribenda eſt, in quibuſdam non, ibid.c.107.Ecl.10.c.12

LIB.XXIII.DIGESTORVM.

De ſponſalibus.

ÆTas contrahendi ſponſalia non minor eſſe debet quàm annorum ſeptem, l.3.c.26

Cum matrimonium præſumatur ex copula carnali vbi ſponſalia præceſſerunt, probatio in contrarium per ipſarum partium confeſſionem non admittitur, ibid cap.27

Sponſalibus præcedentibus & ſecuta copula carnali per metum mortis illatum, matrimonium non eſt præſumendum, ibid.c.28

Matrimonium præſumitur ex copula carnali etiam cum incerta ſponſa, ibidem cap.29

Si poſt contracta ſponſalia non ſequatur copula carnalis, ſed nixus ad copulam, matrimonium non præſumitur, ibid. cap. 30

Ex deductione in domum ſponſi matrimonium præſumitur, vbi ſponſalia præceſſerint, ibid. c.31

Si ſponſalia præceſſerunt per verba de præſenti inter impuberes, & adueniente pubertate ſequantur actus coniugales, veluti oſcula, amplexus, & ſimilia, non tamen copula, matrimonium nihilominus inducitur, ib. c. 32

Sponſalia diſſolui propter ſponſi triennalem abſentiam, iure Canonico non obtinet, ib. c. 33

Puberi, qui ſponſalia contraxit cum impubere per verba de præſenti, licitum eſt aliam vxorem ducere, etiamſi ſciuit impuberem iam factam puberem, matrimonio conſenſiſſe, ib. c. 34

De ritu nuptiar.

SI matrimonium contrahatur inter eos quibus canonicum obeſt impedimentum, ſub conditione ſi ſummus Pontifex diſpenſauerit, diſpenſatione ſecuta ſtatim eſt verum matrimonium, abſq; nouo conſenſu, l. 3. c. 36

Matrimonium ea lege vt non intercedat copula carnalis, contrahi nequit, ibid. ca. 37

Si non ambo contrahentes matrimonium in eam conditionem conſenſerint quæ eſt contra ſubſtantiam ipſius matrimonij, ſed vnus tantum; deinde autem copula carnalis intercedat, matrimonium præſumitur. ibid. c. 38

Matrimonium ſub tali conditione contractum quæ omnino extitura eſt, valet perinde ac ſi purè contractum eſſet, ib. c. 39

Non valet matrimonium cum quis metu coactus fuit illud contrahere, cum vnâ ex pluribus fœminis; puta cum vna ex filiabus Sempronij, ib. c. 40

Hæc verba Habebo te in vxorem; vel iuro ac promitto me in legitimam vxorem te habiturum, matrimonium inducunt, ib. c. 41

Si quis dixerit, Non habebo aliam vxorem niſi te, matrimonium ſimpliciter & abſolutè contractum eſſe non videtur, ibi. c. 42

Filia exhæredari à patre non poteſt, ſi vxorem ducat abſque eius conſenſu, ibid. cap. 44

Pater dotem dare tenetur filiæ, licet abſque eius conſenſu nupſerit, ib. c. 45

Mater quæ ad ſecunda vota tranſiuit, legitimè ſupplementum petere poteſt in bonis filij ex primo matrimonio ſuſcepti, qui minus legitima portione ei reliquit. li. 3. c. 63

Mater ſecundò nubens quæ ex ſucceſſione filiorum primi matrimonij conſecuta eſt, filijs primi matrimonij reſeruare tenetur: quod in patre ſimiliter non obtinet. Ad interpret. l. fœminæ, & aliarum ll. C. h. t. ibi. c. 64

Conſtitutio in d. l. fœminæ, vetans mulierem ſecundò nubentem ex primo matrimonio quicquam retinere, locum etiam habet in fœmina cum conſenſu filiorum vel prioris viri ſui, vel ex permiſſu Principis ad ſecunda vota tranſiente; itidem in minore 25. annis, ib. c. 65

Mulier ſecundo viro, non ſuo ſed filiorum nomine ſtipulanti, plus donare poteſt, quam filijs primi matrimonij, nec donatio reuocabitur, ſi nō color iſte quæſitus in fraudem legis à vitrico adhibeatur. Ad interpretat. l. hac edictali h. t. ibidem cap. 66

Si minus legitima portione liberis, aut vni liberorum prioris matrimonij fuerit relictum vel collatum à matre ſecundò nubente, quo caſu ſupplementum petere poteſt; ratione habitâ dicti ſupplementi vitrico tantum relinqui poteſt ac donari, quantum ad filium effectu peruenerit, ibi. c. 67

Si pater vel mater ad ſecundas migrauerint nuptias, & minus filiæ (fœmina per ſtatutum ab hæreditate parentum exclusâ) relictum ſit, ſecundo viro plus relinquere non poteſt, ib. c. 68

Si plus donetur vitrico vel nouercæ, à parente qui ad ſecundas tranſit nuptias, quam filijs primi matrimonij, illud inter ipſos ſolos diuidendum; neque vitrico aut nouercæ pars debetur, ibid. cap. 69

Id quod filij primi matrimonij auocant à

nouerca vel vitrico, in legitimã debitam ex bonis parentis imputari non debet, ibid. c. 70

Pœna iuris ciuilis locum non habet aduerſus contrahentes nuptias inceſtas in gradu prohibito ſecundum ius Canonicum l. 13. c. 62

De iure dot.

FRuctus rerum mobilium dotis ſoluto matrimonio, ſtatim ad mulierem pertinent, non verò ad hæredes mariti intra annum, l. 3. c. 47

Maritus vxorem expellere nequit ſi dos promiſſa non ſoluatur, l. 3. c. 48

Dos à patre profecta, mortua in matrimonio filia liberis ſuperſtitibus, ad patrem reuerti debet, ſi agatur de filia in poteſtate patris exiſtente: ſin autem de filia emancipata quæratur, dos apud maritum & liberos remanere debet, nec patri eſt reſtituenda, ibi. c. 71.

Vide ãnnotation. ad hoc c. 71. de profectitia dote, l. 6. c. 99. Et l. 13. c. 59

Mulier in dote prẹfertur omnibus creditoribus expreſſam & anteriorem hypothecam habentibus, ib. c. 99

Creditoribus, quibus bona ſunt obligata mariti, licet offerre dotem in pecunia vxori hypothecæ nomine res poſſidenti, eo caſu quo matrimonium diſſolutum non eſt, ſed vir vergit ad inopiam, ibid. ca. 100

Vidua poteſt vſuras dotis petere ab hæredibus viri ſui defuncti, moram committentibus in reſtituenda hæreditate, ibid. cap. 101

Vſuræ dotis longo tempore non exactæ num præſumantur remiſſæ, iudicis arbitrio committendum, ib. c. 103

Filia poteſt agere ex promiſſione dotis marito factâ per patrem, marito ſuo vita functo, l. 8. c. 75

Si gener confeſſus fuerit ſe dotem à ſocero accepiſſe, deindè ſoceri ei dotẽ promittat mor…io …rito vxori actio cõpetit contra ha…ede… ipſius, vt dotem reſtituant; non verò liberantur cedendo actio…em

contrà ſucceſſores ſoceri, ib. c. 74

Pater qui filiæ nomine dotem promiſit ſine quantitate tenetur ad quantitatem pro modo ſuarum facultatum & pro dignitate generi; ſi mulier ipſa incertam dotem promittit, non tenetur, ib. c. 75

Confeſſio dotis receptæ à marito quam tamen non accepit verè, animo donandi facta, iuramento promiſſorio confirmari poteſt, ibi. c. 77

Iuramento tamen aſſertorio ſupradicta confeſſio non confirmatur, ibid. c. 78

Quod ſi vtrumque iuramentum & aſſertorium, & promiſſorium concurrant, vtiq; procul dubio confirmatur, ib. c. 79

Confeſſio dotis receptæ à marito facta conſtante matrimonio & abſque iuramento, præſumitur facta ſpe futuræ numerationis, non autem animo donandi ibi. c. 80.

Si dotis promiſſio præcedat, & poſtea ſequatur confeſſio mariti de dote ſoluta, tum non poteſt opponi exceptio dotis non numeratæ, ibi. c. 81

Si poſt confeſſionem dotis receptæ à marito factam, lapſa ſint tempora opponẽdi exceptionem vel querelam proponendi de dote non numerata, nocebit ea confeſſio marito & eius hæredibus, neque animo donandi facta præſumitur ibid. c. 82.

Si ignobilis vir vel ſenex duxerit vxorem nobilem vel iuuenem, & ſe dotem accepiſſe confeſſus fuerit, non præſumitur animo donandi facta eſſe confeſſio, ſed ſpe futuræ numerationis, ib. c. 83

Confeſſio dotis receptæ facta conſtante matrimonio, etiam adiecta renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, tamẽ donandi animo facta non videtur, ib. c. 84

Si maritus poſt contractum matrimonium confeſſus ſit, ſe dotẽ recepiſſe ab alio quã à muliere, dos ve… nnmerata nõ præſumitur, ſed exceptio ei competit, ibi. c. 85

Confeſſio dotis receptæ à marito facta, creditoribus, poſt elapſum tempus opponendi exceptionem dotis non numeratæ, præiudicat, ib. c. 86

Si pręcedat dotis promiſſio, deinde confeſſio receptæ à marito fiat, præiudicat creditoribus vt dictam exceptionem opponere non poſſint, ibi. c.87

Vidua rectè petere poteſt vſuras dotis ab hæredibus viri ſui, moram in reſtituenda dote committentibus, l.10.c.7

Vſuræ donationis propter nuptias viduæ poſt moram debentur, ib.c.8

Vſuræ dotis longo tempore non exactæ remiſſæ videntur, ib.c.9

Dos promiſſa etiam dos eſt, ib.c.24

Statutum excludens filiam dotatam à ſucceſſione patris ſtantibus maſculis, locum etiam habet ſi filiæ in teſtamento patris dos relicta fuerit, ib.c.25

Statutum loquens de dote data locum non habet in dote promiſſa, ib.c.26

Soluto matrimonio dos propriè dicitur antequam ſit ab vxore recuperata, ib. cap.27.

Dos recuperata dotis nomen propriè non retinet, ibid.c.28

Statutum diſponens mulierem non poſſe teſtari niſi de tertia parte dotis, vel mandans eam æqualiter teſtari inter liberos primi & ſecundi matrimonij, locum etiam habet in vidua, ibid.c.29

Maritus putatiuus non habet legis beneficium, vt non teneatur niſi in quantum facere poteſt, ibid.c.30

Dos eſt ius vniuerſale, ib.c.31

Libellus generalis in dote procedere & admitti non debet, ib.c.32

Dotis cauſſa poteſt feriatis diebus cognoſci ſi ex ea alimenta aliunde non ſuppetentia neceſſario ſunt præſtanda, ibid. cap.36

Dotis cauſſa mixti fori non eſt etiamſi principaliter agitetur, ib.c.37

Pater non tenetur dotare filiam diuitem, ib.c.38

L. vlt. C. de promiſſ. dot. locum non habet, vbi filia renunciauit paternis & maternis bonis, & quando pater dedit illi dotem computando omni eo quod habere debet ex bonis maternis, ib.c.39

Auus paternus non tenetur dotare neptem quando filius eſt diues, ibi.c.40

Mulieri vindicanti rem dotalem poſſeſſor in pecunia dotem offerre non poteſt, etiamſi res fuerit æſtimata, l.11.c.10

Mulieri agenti conſtante matrimonio ad dotis in tuto collocationem, pecunia à creditoribus mariti offerri poteſt, ibid. cap.14

Mulierem dotem non amittit propter oſculum impudicum, ib.c.75

Mulier ob adulterium dotem amittit, ibid cap.76

Dos data filiæ vnius ex ſocijs omnium bonorum de communi extrahenda eſt, non autem de portione patris tantum l.8.c.4 & l.12 c.13

Mariti bona non ſunt vxori tacite pro alimentis obligata, l.12.c.33

Actio de dote contra omnes hæredes in ſolidum non competit, ib. c.51

Diſpoſitio generalis comprehendit cauſſam dotis, vbi non reperitur ſpecialiter priuilegiata, ib.c.81

Dos profectitia ſoluto matrimonio tranſit ad liberos vxoris tanquam hæredes, quamuis pater actionem filiæ donauit, l.13.c.61

Pater filiam dotare tenetur non iure actionis, ſed ex officio iudicis, ib. c. 78

Res immobilis æſtimata & in dotem data ſoluto matrimonio non reſtituitur, ſed eius æſtimatio, l.12.c.74

De pact. dotalibus.

PActum dotale, vt ex æqua portione (patre defuncto) filia nubens cum fratre ſuccedat, neq; vllam obligationem contrahere, neq; libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre; ne quidem ſi iuramento firmatum ſit, lib.2. cap.102

Conſuetudine vel ſtatuto effici poteſt vt eiuſmodi pactum valeat, ſi videlicet ex re & vtilitate publica iſtius loci ſit, ibid. c.eod.

Si pater inteſtatus decedat, filia huius pacti vigore cum fratre æqualiter non ſuccedet, ib.c.eod.

LIB. XXIV. DIGESTORVM.

De donation. inter vir. & vxor.

Donatio inter patrem ac filium, & inter virum ac vxorem, excedens ſummam quingentorum aureorum, ſi non fuerit inſinuata, morte donatoris confirmatur vſq; ad ſummam quingentorum aureorum, l.3.c.72

Donatio inter patrem ac filium, & inter virum ac vxorem ita donatoris morte confirmatur, vt rei donatæ dominium & fructus ad donatarium pertineant ex eo die quo donatio facta eſt, ibidem c.73.

Donatio inter virum & vxorem remuneratoria (vt vocant) veluti ſi vir ſenex iuuenculam ducat, efficax non eſt, neque de iure ſubſiſtit, ib.c.80

Donatio inter coniuges iureiurando quidem confirmatur, ſed tamen valida non eſt, niſi donatoris morte confirmetur, ib.c.81

Donatio reciproca, vel remuneratoria, vel ob cauſam, excedens ſummam quingentorum aureorum, inſinuationem requirit, ib.c.82

Donatio ſummam quingentorum aureorum excedens iuramento firmata, non requirit inſinuationem, ib.c.83

Poteſt vidua vſuras ſiue intereſſe donationis propter nuptias petere, ſi hæredes in mora ſint reſtituendi res donatas propter nuptias, ibi. c.102

Donatio propter nuptias ipſo iure conſtituta videtur. l.8.c.67

Si dos non fuerit ſoluta vidua donationem propter nuptias lucratur, ſi videlicet nullam in ſoluenda dote moram admiſerit, ibi.c.68

Ad validitatem donationis inter virum & vxorem ficta non ſufficit traditio, ſed vera & realis neceſſaria eſt, lib. 13. cap.79.

LIB. XXV. DIGESTORVM.

De agnoſcend. & alend. liber.

Pater adoptiuus non tenetur alere filium adoptiuum extraneum, lib.12. cap.60.

Patruus tenetur nepotem alere, ibi. c.61

LIB. XXVI. DIGESTORVM.

De tutelis.

Tutor vel curator condemnari & cogi non poteſt ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, ante redditas rationes adminiſtrationis, lib. 8. cap. 58.

Minor ſiue actor ſiue reus ſit, etiam inuitus curatorem ad litem cogitur accipere ibid.cap.60

Tutor non poteſt ſibi ipſi mutuari pecuniam pupilli, niſi hoc faciat palam & bona fide, li.11.c.45

Tutor poteſt ſibi ſoluere pecuniam quam patri pupilli mutauit, ib.c.46

Tutor tempus faciendæ ſolutionis pupilli debitoribus prorogare nequit, lib.12. cap.56.

D. qui petant. tutor.

Proximiore agnato intra annum non petente tutorem dare pupillo, ac proinde à ſucceſſione eius excluſo, reliquis agnatis hæreditas pupilli debetur, quamuis illi tutorem non petierint, quia annus ijs quaſi currere incipiat. lib. 8.c.59.

LIB. XXVII. DIGESTORVM.

De curatoribus furios.

Prodigus, nullum contractum celebrare poteſt, quamuis ei à magiſtratu rerum ſuarum adminiſtratio non ſit interdicta, li.2.c.64

Prodigus etiam ex contractu iureiurando confirmato, poſtquam à Prætore bonis ei interdictum eſt, nō obligatur, l.2.c.65

Prodi-

Prodigus ipſo iure amittit bonorum alterius adminiſtrationem, ibid.c.eod.

Si curator datus fuerit ei qui re vera prodigus nõ eſt, geſta à tali curatore valebunt, ſi curator ille etiam inuito & contradicenti datus à iudice fuerit, ibid.c.66

Malis moribus prędito, veluti luſori, libidinoſo, & alijs malis artibus addicto, bonis interdici non poteſt, ibid.c.eod.

Ex eo quod quis per ſententiam iudicis declaratus eſt prodigus, cenſetur ei bonis interdictum, ibid.c.67

Si iudex edicto prohibeat, ne quis contrahat cũ aliquo quia eſt prodigus, ipſi prodigo bonis interdictum videtur, ibid.c.eod.

Per dationem curatoris alicui tamquã prodigo factam, bonorum adminiſtratio interdicta videtur, ibid.c.68

Prodigus in integrum reſtitutionem petere poteſt aduerſus ea, quæ geſſit antequã ei bonis interdiceretur, ibid c.eod.

Poſt interdictam bonorum adminiſtrationem quæ tamen publicata non eſt, & ignorabatur ab eo qui contraxir, contractus à prodigo geſti valent, ibid.c.69

Prodigus ex delicto (ad pœnam ſcilicet delicti) obligatur; ſi in faciendo delictum conſiſtat, ſecus ſi in omittendo: tam ad pœnam corporalẽ, quam pecuniariam, ibid.c.eod.

LIB. XXVIII. DIGESTORVM.

D. qui teſtam. facer. poſſunt.

TEſtamentum inter liberos etſi confectum fuerit nullis teſtibus præſentibus, attamen ſeruandum eſt, l.4.c.1

Vid. annotation. ad hoc. c. 1. quod valeat, l.6.c.100

Idem cum diſtinctione quadam etiam obtinet in teſtamento nuncupatiuo: locumque ſibi vendicat, etiamſi liberi inæquahter fuerint inſtituti. Ad interpretat. Nou. de teſtam. imperfect. & l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. C. h.tit. ibid.c.2

Teſtamentum imperfectum parentum inter liberos, ad liberos duntaxat legitimos & naturales, nõ vero naturales tantum pertinet, ibid.c.3

In liberis reſcripto Principis legitimatis idẽ circa teſtamentum imperfectum, quod in legitimis & iuſto matrimonio procreatis ſtatuendum; ibid.c.eod.

Quæ noſtris legibus ſancita ſunt de teſtamento imperfecto inter liberos, locum non habent in teſtamento ad pias cauſas, ibid.c.eod.

Teſtamentum inter liberos imperfectum ſeruari debet, licet non ſolum ſolennia deſint, ſed voluntas quoque imperfecta ſit, ibid.c.4

Ex hoc imperfecto teſtamento liberi non ſuccedunt, ſed ab inteſtato ad ſucceſſionem vocantur, ibid.c.eod.

Teſtatoris voluntas ex imperfecto huiuſcemodi & non ſolenni teſtamento, ab hæredibus etiam in foro conſcientię & animæ, quoad præſtationem & executionẽ legatorum, eſt obſeruanda, ibid.c.5

Poſteriore teſtamento imperfecto primum teſtamentum perfectum tollitur, quando in ſecundo omnes venientes ab inteſtato hæredes inſtituti ſunt; ſecus ſi aliqui duntaxat, ibid.c.6

Item tollitur, ſi in primo teſtamento hæredes extranei, & in ſecundo venientes ab inteſtato fuerint inſtituti, ſecus ſi ijdem vel alij ab inteſtato venientes, ib.c.eod.

Pater teſtamento ſolenni filio ſuo impubere hærede inſtituto eidem pupillariter extraneum ſubſtituit; poſtea factis codicillis quinque teſtibus præſentibus, reuocata ſubſtitutione, cognatos proximiores ab inteſtato venientes eidem filio ſuo ſubſtituit: poſteriore ſubſtitutione codicillari, prior teſtamento ſolenni comprehenſa ſublata videtur: non quidem iure directo, ſed per fideicommiſſum, ibid.c.7

Pater ſolenni teſtamento facto, & liberis hæredibus inſtitutis in legitima portione, vel illis ob iuſtas cauſſas exhæredatis, extraneos hæredes inſtituit: poſtea alio teſtamento condito hæredes filios ſuos inſtituit, non adhibitis quinque teſtib. ſed ſeruata forma Nouellæ Iuſtiniani de imperfectis teſtamentis: primum teſta-

mentum poſteriori nequaquam rumpitur, ibid.c.eod.

Non infirmatur ſolenne teſtamentum in quo hæredes extraneos quis inſtituit, ſi deinde teſtibus quinque adhibitis declarauit ſe illud reuocare velle, quoniam inteſtatus decedere in animo habet, ibid.c.8

Si teſtator iurauerit ſe teſtamentum non reuocaturum, nihilominus tamen illud ſecundo teſtamento reuocare poteſt; quamuis hoc modo non ſit immunis à peccato, ibid.c.eod.

Reuocatio teſtamenti prioris continentis clauſulam derogatoriam facta non cenſetur, niſi ſpecialis eius mentio fiat in poſteriore teſtamento, & prioris voluntatis ſpecialiter eum pœnituiſſe conſtet, ibid.c.92

Qui extremam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, inteſtatus decedere non videtur iuxta ius Canonicum, in c. cum tibi. de teſtam. Ac ne quidem iure ciuili, l.5.c.57

Teſtamentum ad alterius etiam non requiſiti à teſtatore interrogationem factum, valet, ſi nulla fraudis ſuſpicio ſubſit, l.5. c.69

Teſtamentum poſterius factum ad alterius requiſiti ſcilicet ad hoc à teſtatore, ſiue Notarij, interrogationem, primum ſolemniter confectum tollit, ibid.c.70

Excommunicatus teſtari non poteſt, ibid. c.88

Clericus de fructibus bonorum eccleſiaſticorum, quæ illi ſuperſunt vltra neceſſitatem, teſtari poteſt, ibid.c.89

Non valet teſtamentum quod confectum eſt non adhibitis iuris ſolemnibus, ſed ſtatuto eo in loco vigentis vbi teſtamentum eſt conditum, ex quo tamen loco teſtator oriundus non eſt, ibid.c.90

Teſtamentum à forenſe conditum ſtatutis ſolennibus loci in quo illud condidit, effectum non habet quoad bona alibi ſita, ibid.c.91

Non valet teſtamentum coram quinque teſtibus factum, ne quidem tempore peſtis. ibid.c.92

Primum teſtamentum quod poſteriore reuocatū intelligitur, reuiuiſcit iure actionis, ſi poſterius inciſum & reuocatum ſit à teſtatore, ibid. c.93

Filiusfamil. non poteſt teſtari etiam de rebus aduentitijs, quarum vſusfructus patri non acquiritur, ibid.c.94

Facultas teſtandi conceſſa à ſummo Pontifice perſonis Eccleſiaſticis, ad vnū duntaxat teſtamentum coarctanda non eſt, ibid.c.99

Teſtandi facultas conceſſa perſonis Eccleſiaſticis, morte Pontificis maximi non expirat, ibid.c.100

Teſtamentum ante ingreſſum religionis factum, per ingreſſum ſecuta ſcilicet profeſſione, non rumpitur aut reuocatur, l.6.c.14

Teſtamentum factum ante profeſſionem, monachus poſt factam profeſſionem reuocare non poteſt, ibid. c.15

Teſtamentum factum ex ſolemnitate. c. cum eſſes. de teſtam. coram Presbytero ſcilicet & duobus teſtibus, etiam in foro contentioſo tam ſeculari quam eccleſiaſtico obtinet, ibid. c.47

Teſtamentum factum apud acta iudicis teſtes non requirit, ibid.c.86

Vnuſquiſque idoneus ad teſtandum, ſiue in articulo mortis ſiue non, bona ſua eccleſiæ legare vel relinquere poteſt, ſi teſtamento ſolennia fuerint adhibita; quod vltimum tamen de iure Canonico non obtinet, l.8.c.39

Si quis aliquem teſtari prohibuerit, pœnam dupli idcirco ſubire non cogitur, l.9.c.4

Teſtamentum metu factum ipſo iure valet, l.10.c.15

Teſtamentum factum ad alterius interrogationem valet, ſi appareat de voluntate teſtatoris (eo ſcilicet dictante & exponente voluntatem ſuam) factum fuiſſe, ibid. c.17

Mulier ne quidem de iure Canonico teſtis eſſe poteſt in teſtamento, l.13.c.71

De li-

De liber. & poſthum. hæred. inſtituend. vel exhæredand.

TEſtamentum ex cauſſa exhęredationis filiorum non eſt nullum ſed inofficioſi querela poteſt reſcindi, l.4.c.9

Si teſtamentum irritum ſit ex cauſſa præteritionis & exhæredationis, omnia tamen in teſtamento contenta firma manent, naſciturque etiam ex eo actio legatarijs & fideicommiſſarijs. Ad interpret. auth. ex cauſſa C. de liber. præter. ibid. c.10

Cum teſtamentum eſt nullũ ex cauſſa præteritionis filij, vel inofficioſum ex cauſſa exhæredationis, filius qui ab inteſtato vindicat hæreditatem, hæredibus in teſtamento ſcriptis virtute clauſulæ codicillaris eam reſtituere non tenetur, ibid. c.11

Clauſula codicillaris teſtamento adiecta tantum non operatur, vt poſthumus ignoranter præteritus qui teſtamentum rumpit, ſcriptis hæredibus ex fideicommiſſo hæreditatem reſtituere teneatur, ibid.c.12

Idem reſpondendum circa poſthumum ignoranter præteritum, cum teſtator ſuperuixit, & teſtamentum non mutauit, ibid.c.13

Teſtamẽto ex poſthumi præteritione ignoranter facta reſciſſo, legata non conſeruantur, ibid.c.14

Si ex Galli Aquilij conſilio nepos hoc modo inſtitutus ſit, ſi filius meus me viuo morietur, tunc qui ex eo natus erit, hæres eſto: filius ipſe hæres inſtitutus non videtur: teſtamentumq; iure ciuili nullũ eſt, ſed prætorio ſuſtinetur. Ad l. Gallus. h.t. ibid.c.76

Inſtitutio filiorum à teſtatore facta, etiam ad eos filios extenditur quos habere ſe ignorabat, ſcilicet quia mortuos eſſe putabat, ibid.c.77

Si teſtator coniunctim inſtituat hæredes filium & nepotem, ſimul inſtituti intelliguntur; non autem ordine ſucceſſorio, vt nempe poſt mortem filij nepos ſuccedat, ibid.c.78

Ventre hærede inſtituto, non ſolum is filius qui ex ea natus eſt vxore quæ erat tempore teſtamẽti inſtitutus eſſe intelligitur; ſed etiam qui ex alia vxore quam poſtea duxiſſet, procreatus eſt, ibid.c.89

Idemque ſtatuendum ſi teſtator poſthumũ ſiue ventrem vxoris inſtituerit, ea conditione ſi prægnans eſſet, ibid. c.90

Si filius ſub conditione caſuali vel mixta fuerit hæres inſtitutus, etiam hodierno iure teſtamentum valet ex l. ſi pater. C. de inſtit. & ſubſtit. quę correcta non eſt, l.5.c.71

Auus nepotem ex filio ſpurio hæredem inſtituere nequit, ſi filij contemplatione hoc faciat vt illi hæreditas acquiratur: alias, ſi neque patri eius aliquid voluit acquiri, ſecus, ibid.c.97

Nepotes ex filio nato ex inceſtu hæredes ab auo inſtitui non poſſunt, ib.c.98

Ingratitudinis cauſſa ſi probetur quæ teſtamento parentum expreſſa non eſt, filius exhæredatus reſciſſo teſtamento hęreditatem ab inteſtato vindicare tamen poteſt, l.6.c.76

Si pater filium quem in poteſtate habebat præterierit, cauſſa legitima teſtamento inſerta, quæ quoque vera eſſe probatur, teſtamentum valet. Ad interp. Nov. 115. §. aliud quoque, ib.c.77

Poſſunt parentes filios ſuos exhæredare ex alijs cauſſis quam quæ Nou.115.d.§. ſunt expreſſæ, dum tamen vel ſimilis vel maior ſit, ibid.c.78

Si filius poſt iniuriam parenti factam ei reconciliatus fuerit, exhæredatio locum non habet, ibid.c.79

Si filius poſt cõmiſſam ingratitudinis culpam pœnitentiam egerit, à patre exhæredari nõ poteſt, ſi videlicet in eo verſemur ingratitudinis genere, quod ſolum filium concernit: ſecus vero ſi patrem quoque tangat, ibid.c.80

Si filius poſt culpam ingratitudinis commiſſam factus fuerit monachus, à parente teſtamento exhæredari non poteſt, ibid.c.81

Poſthumi alieni olim iure ciuili ante tẽ ra Iuſtiniani Imper. hæredes inſtitr

potuerunt Ad interpr. l. Gallus. D.h.t. l.10.c.41

Poſthumus Galli Aquilij ſi cõſideratur tanquam poſthumus proculdubio alienus eſt, ſi vero vt poſthumus inſtitutus ſecundum formam Galli, tunc eſt ſuus, ib. c.42

Teſtamentum quo nepos inſtituitur ſecundum formam Galli, præmoriente filio caducum non fit, quoniam lex caducaria locum non habebat in deſcendente & aſcendente vſque ad tertium gradum, ibid.c.43

Galli Aquilij formula ſuppletur per legem Velleiam, quæ omnes rumpendi teſtamenti caſus complexa eſt. Ad interpret. §.& quid ſi tantum. d.l. ibid. c.44

Prouiſio teſtatoris facta in vno caſu, trahitur ad alium caſum ſimilem. Ad §.d. explicat. ibid.c.45

Filio iuſte exhæredato, nepos ex eo præteritus teſtamentum non rumpit, ib.c.46

Si filius fiat monachus, quod in l.Gallus dicitur locum non habet, ibid.c.47

Teſtator legauit vxori vſumfructum donec vidua fuerit, poſt eius mortem Sempronium ſubſtituit; mulier tranſiuit ad ſecundas nuptias, Sempronius non ſtatim admittetur, ſed ſecuta demum morte mulieris, ibid.c.48

In præteritione paterna filij in poteſtate, locum etiam habet. Auth. ex cauſſa C. de liber. præter. ibid.c.70

Deſcendentium per lineam maſculam appellatione fœminæ non veniunt, ſi de filiabus quæſtio ſit, ſecus ſi de nepote vel pronepote, l.11.c.25

Teſtamentum in quo filiusfam. eſt præteritus ipſo iure nullum eſt, citra omnem filij impugnationem, l.13.68

De hæredibus inſtituend.

Hæres inſtitutus in re certa neque legatarius eſt neque hæres, ſed mixtam quandam ſpeciem conſtituit, l.4.c.15

Si inſtitutus in re certa plus accipere prohibeatur, & nullus alius hæres vel exiſtere noluerit, vel non potuerit, tota hoc in caſu hæreditas illi accreſcet, ib.c.eod.

Cum quis vxorem ſuam in vſufructu hæredem inſtituit, alio poſt mortem eius hærede inſtituto, vxor vſumfructum habebit donec vixerit, alter vero poſt mortem eius videtur ſub conditione inſtitutus, ibid.c.16

Cum in ſolo vſufructu hæres inſtituta eſt vxor, & nullus alius etiam poſt eius mortem hæres inſtitutus eſt in tota ſimpliciter hæreditate detracta vſufructus mentione ſuccedit, ibid.c.17

Filius in re certa hæres inſtitutus non comprehenditur in conceſſione emphyteuſeos pro filijs hæredibus facta, ibid.c.20

Hęres in re certa inſtitutus in poſſeſſionem mittendus non eſt. Ad interpr. l.vlt. C. de edict. D.Hadrian. tollend. ibid.c.21

Filia hæres ex teſtamento vel ab inteſtato mittenda non eſt in poſſeſſionem bonorum feudalium, contradicentibus agnatis, tanquam vocatis ex inueſtituris feudalibus, ibid.c.22

Hæc inſtitutio quos Titius voluerit, nõ eſt voluntas captatoria ſed vitioſa, l.12.c.20

Non eſt captatoria voluntas cum duo (puta coniuges) ſimul teſtantur, vnumq; & eundem hæredem inſtituunt, ita vt alteri liceat reuocare, ibid.c.21

Captatoria inſtitutio eſt cũ quis alium hæredem inſtituerit, vt ab eo hæres inſtituatur, ibid.c.22

Non eſt voluntas captatoria cum aliquis inſtituit vel ſubſtituit perſonam ab alio eligendam, ibid.c.23

Inſtituo Titium hæredem ſi me inſtituerit nulla ex his inſtitutionibus valet, ſed captatoriæ ſunt, ibi.c.24

Non valet inſtitutio hæredis collata in arbitrium tertij, vel per verba importantia arbitrium boni viri, ibid c.25

Captatoria inſtitutio ſtatuto vel conſuetudine non poteſt validari, ibid. c.26

Si quis inſtituerit vel ſubſtituerit hæredes fratrem ſuum & eius filios: non ordine ſucceſſiuo, ſed coniunctim & copulatim eos inſtituiſſe vel ſubſtituiſſe dicendus eſt, ibid.c.41

Hæres qui priuatus eſt hæreditate in pœnã à teſtatore iniunctam, videtur in tali caſu to-

[illegible] is per fideicommiſſum reſtitue- [illegible] quarta tamen detractioni lo- [illegible] eſt, l.13.c.66

De vulgar. & pupillar. ſubſtitut.

PVpillaris ſubſtitutio tacita quæ in ex- preſſa vulgari continetur, matre pupil- li viuente locum non habet l.4.c.40.& l.13.c.76

Pupillaris ſubſtitutio tacita, quando ſubſti- tutus eſt filius teſtatoris, matrem prorſus non excludit, ſed æqua portione [illegible] ſucceſſio inter matrem & fratrem de- functi [illegible] l.4.c.41

Pupillaris ſubſtitutio expreſſa matrem [illegible] nentem a legitima excludit: quod etiam in toto [illegible] continet, ibid.c.42

Subſtitutus [illegible] fidei- commiſ[illegible] pot[illegible] Ad inter- pretat[illegible] de impuber. & alijs ſubſt[illegible] & l.C[illegible] h.t. ibid.c.43.& l.13.c.71

Compendioſa ſubſtitutio impuberi filio facta à pagano verbis directis, filio poſt pubertatem mortuo, non valet vt fidei- commiſſaria, l.4.c.44

Si eadem compendioſa ſubſtitutio filio im- puberi [illegible] facta fuerit, & [illegible] mo- rietur [illegible] poſt pubertatem vero fideicommiſſaria, ibid.c.45

Subſtitutio facta in caſu [illegible]

Subſtitutus vulgaris [illegible] poteſt hæres eſſe noluerit: in aliquam ca- ſum [illegible] hæres eſſe non potuerit, vel contra non ſuccedit, ibid.c.61

Vulgaris ſubſtitutio tranſmiſſionem iuris deliberandi [illegible] impedit, ibid.c.62

Filio hæreditatem repudiante [illegible] non ſuccedit pater, ſed qui filio datus eſt vulgariter ſubſtitutus, ibid.c.63

F[illegible] ſubſtitutionem non excludit, [illegible]

Pupillaris [illegible] teſtamento [illegible]

mere poteſt à ſubſtitutione vulgari facta, quæ in expreſſa pupillari continetur, ibid.c.66

Idem quoque ſtatuendum ſi filius ante patrem teſtatorem deceſſerit, ib.c.67

Vulgaris ſubſtitutio ſeparatim facta perſo- nis impuberibus, tacitam pupillarem con- tinet, ibid.c.68

Si duobus impuberibus ſeparatim ſubſtitu- tio fiat, vni vulgaris alteri pupillaris: vul- garis non continet pupillarem, ib.c.69

Vulgaris ſubſtitutio continet pupillarem, [illegible] ſtatuto municipali cautū ſit, ver- ba [illegible] continent accipienda eſſe ad lit- teram, prout iacent, abſq; vlla interpre- tatione, ibid.c.70.&l.13.c.85

Vulgaris ſubſtitutio filio facta tollit ſuitatē, l.4.c.71

Vulgaris ſubſtitutio facta pluribus copula- tiue, vno adeunte expirat, & ſubſtitutus ad portionem repudiantis admittitur, ibid.c.72

Minore adeunte hæreditatem, & aduerſus aditionem in integrum reſtituto, vulga- ris ſubſtitutus admittitur, ibid.c.73

Pupillus cui ſubſtitutus à patre datus non eſt, dicitur inteſtatus deceſſiſſe, in termi- nis ſtatuti [illegible] ſucceſſione loquē- tis, ibid.c.74

Si teſtator filio hæredi inſtituto abſq; libe- ris decedenti aliquem ſubſtituat, & alie- nationem prohibeat bonorum antequā ad 25. annum perueniat, eidem poſt 25. ætatis annum, alienationem non videtur [illegible] permittere vo- luiſſe, ibid.c.75

Reciproca ſubſtitutio pupillaris facta non eſſe [illegible] impuberes, qui- do [illegible] ſub- ſtitutus [illegible] ibid.c.79

Reciproca [illegible] hæredes non [illegible]

R[illegible] fa- cta, [illegible] poſt [illegible]

ſubſtituit, ibid.c.81

Neque præſumitur etiamſi perſona ſubſit magis dilecta,&quę ex præſumpta mente teſtatoris ſubſtitutum excludat, ibid. c.82

Si teſtator ſecundum hanc formulam ſubſtituat pupillariter, vulgariter & per fideicommiſſum, prior quidem ceſſat, ſed in poſterioribus electio ſubſtituti eſt ſuccedere ex quacunque velit ſubſtitutione, ibid.c.83

In pupillari ſubſtitutione frater vtrinque coniunctus fratri conſanguineo nō præfertur, ibid.c.86

Idem & in fideicommiſſaria ſubſtitutione locum habet, ibid.c.87

Pupillaris ſubſtitutus qui probat mortem inſtituti,tenetur probare eam in pupillari ætate contigiſſe, l.6.c.45

Subſtitutus capit bona patris tantum vnà cum fructibus inuentis in hæreditate, ſcilicet tempore mortis patris teſtatoris, non autem mortis filij, Ad interpr.l.centurio.hoc erit. l.10.c.18. & c.90

Pupillaris tacita continetur in vulgari expreſſa matre viuente, licet nō habeat effectum contra matrem, ibid.c.22

Compendioſa ſubſtitutio verbis communibus facta filio impuberi ſine temporū diſtributione, non eſt omni tempore fideicommiſſaria, ibid.c.28

Reciproca ſubſtitutio facta eſſe non præſumitur,cum pluribus hæredibus inſtitutis poſt mortem omnium teſtator aliquem ſubſtituit, l.12.c.39

De condition. inſtitut.

Filij in conditione poſiti tacite videntur ad ſucceſſionem vocati, l.4.c.51. & l.12.c.40

Filij naturales in conditione poſiti & in ſeruitute nati figura tamen matrimonij, conditionem fideicommiſſi faciunt deficere. [illegible] an filij naturales, ex illegitimo [illegible] monio ſuſcepti id efficiant,ex voluntate, dignitate, & conditione eius qui [illegible] teſtatur, accipiendum [illegible], l.14.c.52

Filij naturales Principis [illegible] pro legitima-ti in conditione poſiti, ſubſtitutum non excludunt, ſi poſt fideicommiſſum fuerint legitimati,ſecus ſi poſtea, ibid.c.53

Filij per ſubſequens matrimonium legitimati, ſubſtitutum non excludunt ſi hæredi conditio ſic fuerit adſcripta, ſi deceſſerit abſq; liberis de vel ex matrimonio natis, ibid.c.54

Filij per ſubſequens matrimonium in articulo mortis contractum legitimati ſubſtitutum excludunt, ibid.c.55

Teſtator, ſi hæres inſtitutus factus fuerit monachus,expreſſe monaſterium vel eccleſiam ab hæreditate excludere & proximiores vocare ac ſubſtituere non poteſt, ibid.c.56

Hæc conditio ſi deceſſerit ſine liberis, intelligenda tantum de maſculis, non autem de fœminis, [illegible] facti ſpecie, quæ teſtatori propria filia [illegible] te [illegible] inſtituta, & filio hæredi vniuerſali agnatum ſubſtituit, ibid.c.57. & l.12.c.42

Si pater filium adoptiuum inſtituat hæredem, eumque reſtitutionis oneri ſubijciat, eadem conditio tacite non ineſt, ſi abſque liberis deceſſerit, l.4.c.58

Filio hærede inſtituto, eique quandocunq; morienti alio ſubſtituto, ſi liberos poſt ſe relinquat etiam tempore conditi teſtamenti extantes, ſubſtitutus omnino excluditur, ibid.c.59

Filij naturales ex filio hærede inſtituto, cui moriendi datus eſt ſubſtitutus, progeniti, non poſſunt vt ſubſtitutionis deficiat conditio, ibid.c.60

Legitimatus per reſcriptum non excludit ſubſtitutum, l.10.c.66

Legitimati per ſubſequens matrimonium non excludunt ſubſtitutum ſub conditione, ſi inſtitutus deceſſerit abſque filijs de legitimo matrimonio natis, ibid. c.71

Filij in conditione poſiti nō cenſentur vocati in legatis, l.13.c.45

De iure deliberandi.

Filius ob non confectum inuentarium legitimam non amittit, l.4.c.54

Tempus conficiendi inuentarij hæredi cō-

ſtitu-

ſtitutum incipit currere non ex die aditæ, ſed delatæ hæreditatis, ibid. c.35

In conficiendo inuentario præſentia iudicis opus non eſt, ibid. c.36

Hæres qui non omnes res in inuentario ſcripſit, ſed aliquas omiſit ac cælauit ſciens prudenſque, neque poſtea etiam adiecit, inuentarij beneficium amittit, ibid. c.37

Hæres ob nō confectum inuentarium Trebellanica non priuatur, ibid. c.38. & l.13. c.54

Hæres inuentarium conficiens creditoribus & legatarijs in ſolutum offerre poteſt res hæreditarias, ſi pecunia ſufficiens ad ſatisfaciendum illis in hęreditate non reperiatur; alias ſecus, l.4. c.39

Hæreditas infanti delata, ſi moriatur, non ſoli patri, ſed omnib. qui ſuccedere poſſunt, acquiritur, l.6. c.9

Eccleſia hæres tenetur etiam inuentarium conficere, vt legis beneficio frui poſſit, ne vltra vires hæreditarias teneatur, ibi. c.20

Fiſcus quoque tenetur conficere inuentarium, quo non confecto etiam vltra vires hæreditarias conuenitur, ibid. c.22

Iure etiam Canonico hæres non confecto inuentario tenetur vltra vires hæreditarias, ibid. c.23

Hæres qui inuentarium non confecit vltra vires hęreditarias in foro conſcientię nō tenetur, ibid. c.24

Teſtator inuentarij confectionem hæredi remittere nō poteſt in præiudicium creditorum, ſecus autem legatariorum & fideicommiſſariorum, ibid. c.25

Hæres conueniri non poteſt in rem actione intra tempus quo inuentarium conficitur, ibid. c.27

Hæres qui ſimpliciter adijt hæreditatem, nulla facta proteſtatione de inuentario conficiendo, beneficijs eiuſdem poſtea confecti nihilominus fauetur, ibid. c.28

Hęres qui fecit inuentarium, detrahere poteſt ſumptus factos in litigando pro defendenda & obtinenda hęreditate, ibid. c.29

Hæres qui confecit inuentarium damnum non ſentit ex interitu rerum hæreditariarum, ibid. c.30

Si inuentarium hæres cōfecerit illud etiam fideicommiſſario prodeſt cui hæreditatem reſtituit, ibid. c.31

Si emptor ſit hæres venditoris & inuentarium conficiat, ac res euicta ſit, in ponenda ratione bonorum hæreditatis, nō habetur ratio dupli euictionis nomine promiſſi, ſed tantum ſimpli, ibid. c.32

Hæres qui inuentarium non confecit, deducere poteſt id quod ſibi à defuncto debebatur, aduerſus eum cui ex Trebelliano reſtituit hæreditatem, ſi modo actio aduerſus defunctum competens ſit realis: ſecus ſi perſonalis, ibid. c.33

Hæres qui non confecit inuentariū ad pręſtationem legati alimentorum in ſolidū non tenetur, ſed ſecundum vires hæreditarias ex iudicis arbitrio, ibid. c.34

Omittens aliqua apponere in inuentario amittit eius beneficium, l.10. c.66. & l.13. c.55.

Hæres cum beneficio legis & inuentarij tenetur de ſuo ſatisfacere creditoribus & legatarijs, quando res hæreditariæ poſt aditam hæreditatem, licet ſine culpa ipſius diminutæ ſunt vel perierunt, l.12. c.7

LIB. XXIX. DIGESTORVM.

De adquir. vel omittend. hæred.

HÆreditas delata monacho immediate monaſterio non defertur, vt eam adire valeat abſque facto monachi, ſed perſona monachi & eius aditio, cum conſenſu tamen ſuperioris, neceſſaria eſt, l.6. c.16

Si monachus cui delata eſt hæreditas adire nolit, poteſt eo inuito monaſterium adire, ibid. c.17

Si monachus deceſſerit ante aditam hæreditatem, monaſterium poteſt illam adire, ſi monachus delatam ſibi hæreditatem ignorauerit: alias ſecus, ibid. c.18

Hæreditas ſi delata ſit filio alicuius furioſi, poteſt abſque conſenſu patris adiri, & emolumentum exinde patri acquiri, ib. c.38.

Hæres poſtquam hæreditati ſe immiſcuit, non præſumitur habere notitiam teſtaméti, ſi clauſis tabulis hæreditatem adietis: ſecus ſi apertis, ibid.c.48
Hæreditas repudiata intelligitur, cum quis dixit ſe nolle adire hæreditatem, ibid. c.49
His verbis volo adire hæreditatem, hæreditas adita cenſetur, ibid.c.50
Aditio hæreditatis ex eo inducitur, quod debita quis non ſoluerit, puta non reſtituendo acceptam dotem, ibid.c.51
Aditio hæreditatis ex fructuum perceptione inducitur, ibid. c.52
Ex habitatione domus paternæ aditio hæreditatis præſumitur, ibid. c.53
Aditio hæreditatis inducitur ex eo quod inuentarium hæres confecerit, ibid. c.54
Per ceſſionem vel inſolutum dationem bonorum vel iurium hæreditatis, non cenſetur eſſe adita hæreditas, ſi ille qui cedit vel in ſolutum dat, proteſtatur ſe non animo adeundi hoc facere, ibid.c.55
Si filius aſſerat ſe aliqua bona patris defuncti poſſidere pro ſua legitima hæreditatem ſibi teſtamento relictã adiuiſſe cenſetur, ibid.c.56.
Si quis dixerit credo hanc hæreditatem eſſe reſpuendam & mihi non expedire, hæreditas etiam poſt trium menſium lapſum repudiata non cenſetur, ibid. c. 60.
Repudiatio hæreditatis ex eo inducitur, quod is cui delata eſt, verbis futurum ſignificantibus (veluti Non adibo, Profiteor me non aditurum) teſtetur ſe nolle adire, ibid.c.61
Hæreditas per procuratorem adquiri poteſt, ib.c.96

LIB. XXX. DIGESTORVM.

De Legat. & Fideicom.

Res reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiectę non poſſunt alienari ex cauſſa reſtitutionis dotis vxoris grauati, l.4.c.47
Si bona reſtitutioni ſubiecta expreſſe prohibeantur à teſtatore alienari, ex cauſſa dotis vel donationis propter nuptias, nihilominus eas ob cauſſas alienari poſſunt, ibid.c.48
Ex prohibitione alienationis ea clauſula adiecta, qua teſtator voluit bona conſeruari in agnatione & familia, nõ in caſum duntaxat alienationis, ſed abſolutum ac ſimplex fideicommiſſum inducitur, ibid.c.49
Ex prohibitione alienationis à teſtatore facta fideicommiſſo bona ſubijciente, agnatis ex fideicommiſſo vocatis actio competit contra fiſcum, in quem bona grauati delictum tranſlata ſunt, etiam nõ expectata morte naturali ipſius grauati, ib.c.50
In fideicommiſſis filius ingreditur in locũ patris, ſi de aui vel patrui hæreditate, ſecus ſi de aliorum & extraneorum ſucceſſione quæratur, ibid.c.84
In fideicommiſſo conditionali nati poſt conditionis euentum admittuntur, vt concurrãt cum ijs qui euenientis conditionis tempore extabant & admiſſi fuerunt, ibid.c.88
Coniuncti re & verbis, ad ſimilitudinem coniunctorum verbis tantum, ab initio partes non faciunt, ſed per concurſum, ibid.c.94
Vnius portio deficiens alijs coniunctis accreſcit pro virili portione, cum omnium legatariorum partes ſunt ęquales. Ad interpret. l. vna §. vbi autem C. de caduc. toll. ibid.c.95
Ius accreſcendi locum habet, ſiue portio ipſo iure, ſiue ope exceptionis deficiat, ibid.c.96
Is qui non admittitur ad partem, ad impediendum ius accreſcendi partem non facit, ibid.c.97
Sententia & explicatio L. re coniuncti. De legat.3. ibid.c.98
Sententia. l. mulieri & Titio. De condit. & demonſtr. ad eandem iuris accreſcendi materiam pertinens, ibid.c.99
Fideicommiſſa & alienationis prohibitio etiam vltra quartum gradum extenduntur: ſed in caſu Nou. 159. de reſtit. fideicom.

com. ad quartum generationis gradum alienandi prohibitio reſtringitur, ibid. c.100

Fideicommiſſa tempus centum annorum excedere poſſunt, ib.c.eod.

Etiam vltra decimum gradum inter agnatos ſeu cognatos fideicommiſſa extenduntur, ibi. c.eod.

Prælegata non veniunt in reſtitutionem fideicommiſſi, l.5.c.16

In fideicommiſſis & legatis appellatione filiorum non veniunt nepotes, niſi coniectura voluntatis, ratio vel æquitas, aliæque circumſtantiæ id ſuadeant; & tunc ex iuſta interpretatione continebuntur, ib.c.18.

Hæres eius qui bona reſtitutioni obnoxia alienauit, ea vindicare non poteſt, ibid. cap.19

Per diuiſionem cum clauſula, de non faciẽdo aliquid contra eam, fideicommiſſo renunciatum eſſe videtur: quod ſi alias cum generalibus & (vt loquũtur verbis) prægnantibus inita ſit diuiſio, itidem fideicommiſſo renunciatum eſſe cenſetur ſi generalia iſta verba cautionis loco adhibita, ſalua ratione recti ſermonis, ad ſolam diuiſionem reſtringi nequeant, ib.c.20.

Illuſtratio & interpretatio l.vlt. §.vlt. De legat.2. ib.c.28

Actio ſiue rei vindicatio competit fideicommiſſario, aduerſus tertium rei reſtitutioni obnoxiæ poſſeſſorem, ſi ſciens rem talem eſſe ab hærede ſimiliter onus. fideicommiſſi ſciente, eam acceperit; alias ijs ignorantibus actio non datur, ſed ad pretium hæres qui alienauit conueniri poteſt, ib.c.29

Legata per omnia fideicommiſſis ſunt exæquata, idque non tam à Iuſtiniano, quam ab ipſo Vlpiano. Ad interpret. l.1. De legat.1.& §. ſed non Inſt. cod. ibid. cap. 30

Pro legatis conſequendis ordinariè procedendum eſt, non executiuè, l.5.c.31

Cum quis in teſtamento donat aliquid præſenti & acceptanti, legatum eſt, non autem donatio inter viuos, ib.c.32

Legatum à debitore creditori relictum cũ debito non compenſatur: refutaturque communis Dd. diſtinctio, vtrum ex cauſa neceſſaria an voluntaria debitum procedat, ib.c.33

Si legatum conſiſtat in ſpecie, & debitum neceſſarium in quantitate, tamen compenſationi locus non eſt, ſi mentio expreſſa iſtius non fiat, ib.c.34

Legatum videri poteſt animo compenſandi relictum à debitore creditori, cum dixit debitor ſe legare ex proprijs bonis, ibid.c.35

Legatum viro relictum ab vxore cum lucro dotis quod ex ſtatuto defertur, ipſa vxore præmoriente compenſandum non eſt niſi ſpecialiter pro lucro dotis reliquerit ibid.c.36

Si legetur feudum alicui, legatum non valet, nec hæres ad æſtimationem legatario præſtandam tenetur, ibi. c.37

Legatum rei alienæ iure etiam canonico valet, excepto eo caſu, cùm videlicet eccleſiæ teſtator legauit rem alterius eccleſiæ, ſepulturæ ſuæ gratia, ibid.c.38

Legata ab inſtituto relicta nominatim, à ſubſtituto repetita cenſentur, ib.c.39

Legatum ab extraneo relictum Epiſcopo, licet ſub eius proprio nomine, tamen eccleſiæ acquiritur, ib.c.40

Legatum Canonicis relictum, non ipſis ſingularibus perſonis, non eccleſiæ, ſed capitulo ſeu collegio in communi relictum eſſe cenſetur, ibi.c.41

Legatum vxori, ea defuncta quæ tempore teſtamenti erat, ſecundæ quam poſtea duxit quæque mortis tempore ſupereſt debetur, ib.c.42

Si tutori vel adminiſtratori legetur, quicquid apparebit eum debere ob tutelam vel aliam adminiſtrationem, eo legato non comprehenditur id quod debet ex doloſa adminiſtratione, ib.c.51

Si teſtator ita dixerit, lego Sempronio quod Caio legaui, certum eſt legatum adimi Caio, ib.c.52

In ea ſpecie quâ pater non vt hæres rogatus videri poterat reſtituere, meritò legatum vel hæreditatem retinebit: quod non obti-

obuncteo caſu quo pater vt hæres reſtituere tenetur, ib.c.56
Legatum in aliena voluntate quaſi conditione poni poteſt, non autem arbitrio mero & libero, ib.c.58
Legatum in voluntatem hæredis (quod alias non licet) relictum, ad arbitrium boni viri redigi poteſt. Ad interpr. l. fideic. 46. De fideicom. libertat. ibi.c.59
Legato Caſtro cum pertinentijs bona particularia & prædia non continentur, niſi eodem tempore, titulo & precio cum Caſtro comparata ſint, & paterfam. ijs tamquam pertinentibus ad ipſum Caſtrum vſus eſt, ib.c.65
Fideicommiſſum in dubio præſumitur relictum à filio ipſo impubere, non verò ab eius hærede, ib.c.66. & l.13.c.67.
Bonorum appellatione (bonis ſimpliciter ſine loci alicuius adiectione legatis) venialia continentur: aliàs ſecus, lib. 5. c.67.
Dictio Seu in legatis appoſita, non habet vim legati ampliandi, ſed diſiunctiuam ſuam naturam retinet. Ad interptet. l. ſi quis ita. De auro & argent. legat. ibid. cap.68
Ius accreſcendi non tranſit in emptorem hæreditatis, ſed in venditorem, ibi.c.101
Legatum obſcurum in fauorem eccleſię ſeu piæ cauſlæ latius eſt interpretandum, lib 6. cap.26
Qui fideicommiſſum petit ſub condicione relictum, ſi inſtitutus abſque liberis deceſſerit, grauatum improlem deceſſiſſe probare tenetur, ib.c.44
Pater vni ex filijs feudum prælegare non poteſt, ib.c.62
Pater vni ex filijs ſuis emphyteuſin prælegare non poteſt, ib.c.63
Teſtator legatario ſtipulari non poteſt. Ad l.vl.C.de fideicom. ib.c.71
Teſtator non poteſt vſuras inducere, quoties in poteſtate legatarij eſt ſortem debitam petere ac exigere; quòd ſi in eius poteſtate non eſt, ſed in hæredis arbitrio eam ſoluere, vel non, teſtatoris diſpoſitio circa vſuras valida eſt, ibi.c.72
Legata etiam pia non debentur hæreditate non adita, ibid.cap.72
Hæres legatum defuncto relictum in alterius, puta creditoris vel fideicommiſſarij præiudicium, repudiare non poteſt, ibid cap.83
Talis inſtitutio Volo vt Scio hæreditatem meam dent hæredes mei, non ciuilibus verbis, ſed precarijs tantum & per fideicommiſſum facta cenſetur. Ad interpret. l. eam quam C. de fideicom. ibid. cap.97
Ius accreſcendi in emptorem hæreditatis non tranſit, l.10.c.4
Fideicommiſſum reſultans ex prohibitione alienationis iuncta cauſa, quia volo bona conſeruari in agnatione, reſtringitur ad terminos pręcedentis ſubſtitutionis, ibi.c.19
Fideicommiſſum condicionale non tranſmittitur ad filios præmoriente patre ante euentum condicionis, quando filiorum rationem teſtator habuit, ponendo eos in condicione, ibid.c.20
Fideicommiſſum condicionale vnitum cum iure accreſcendi non tranſmittitur, ib.c.21
Legatarius vel fideicommiſſarius emens ſcienter rem fideicommiſſo ſubiectam mortuo teſtatore, videtur quibuſdam caſibus fideicommiſſo renunciare, ibid. cap.52
Ius accreſcendi in emptorem hæreditatis non tranſit, ib.c.69
Ius patronatus non tranſit in fideicommiſſarium, ibi.c.94. & l.13.c.64. & ib.c.90
In rebus fideicommiſſo ſubiectis etiam ratio melioramentorum habetur, iuxta l. in fundo. De rei vindicat. diſtinctionem l.11.c.23
Legatario in ipſamet re legata actio hypothecaria competit, li.12.c.32
Si legetur res obligata pro tanta ſumma quantus eſt valor ipſius rei, non tenetur eam hæres luere, ſed ipſe legatarius, ibid.c.34.
Si monaſterio aliquid relinquatur in monaſterio, ſub conditione vt aliquem recipiat

cipiat in monachum vel monialem, valet legatum, ſed condicio tamquam turpis eſt reijcienda, ibid. c.36

Legatum fundi in genere non valet, ibid. cap. 37

Hæres grauatus tenetur reſtituere fideicommiſſario fructus in hæreditate inuentos, pecunias & ſimilia, ſi fuerint ab eo conſumpta, ib.c.66

Fructus percepti hæreditate iacente non veniunt in reſtitutionem fideicommiſſi; quando hæres grauatus ſponte adiuit hæreditatem nullamq; moram in reſtituendo commiſit, ib.c.67

Fructus rei legatæ ante aditam hæreditatem percepti, ad legatarium pertinent, non ad hæredem, ib.c.68

Liberi primi gradus fideicommiſſo grauati tenentur ſupplere fideicommiſſum ex fructibus perceptis vltra quartam Trebellanicam, ibi. c.69

Filio hærede inſtituto & grauato per fideicommiſſum etiam in legitima, tenetur ille reſtituere fructus æquiualentes legitimæ, perceptos ab ex eo hæreditate vltrà ſuam legitimam & eius fructus, ibid. cap.70

Filius poteſt grauari à patre ad fructuum reſtitutionem vltra legitimam, ibid. cap. 71

Fructus imputantur in legitimam parentibus debitam, quando parentes ſunt grauati reſtituere hæreditatem; ſecus autem in filijs, ibi.c.72

Legata etiam in coniunctis perſonis relicta non extenduntur ad acquiſita poſt teſtamentum, ibi. c.78

A primo fideicommiſſario in alterum fideicommiſſarium tranſeunt actiones ipſo iure abſque reſtitutione, etiam nulla mora interueniente, ibi.c. 78

Fideicommiſſarius de iure Canonico agere non poteſt ante factam ſibi reſtitutionem re vel verbis, ibi. c.79

Aſcendentes per fideicommiſſum grauati detrahere poſſunt legitimam & Trebellianicam, non ſecus ac deſcendentes, ibid.c.80.

Condicio fideicommiſſi adiecta in perſona filiorum, ſi deceſſerit ſine liberis, euaneſcit ſi cum liberis decedat, quamuis liberi poſtmodum improles decedant; quod non obtinet vbi teſtator voluit bona conſeruari in agnatione, l.13.c.25

Quando teſtator poſt prælegata inſtituit hæredem ſic dicens, In omnibus autem alijs ſuis bonis inſtituit, &c. & poſtea fideicommiſſum ordinauit, prælegata quoq; veniunt in fideicommiſſi reſtitutione, ib.c.65

Legata ſunt acceſſoria teſtamenti, ibidem cap.73

LIB. XXXIII. DIGESTORVM.

De vſu & vſufru. legat.

SI vxori legatus fuerit omnium bonorũ vſusfructus, alio poſt mortem eius hærede inſtituto, & ſi iuris noſtri regulis legatum non conſiſtit, ſed tamen voluntas teſtatoris hoc efficit vt locũ habeat, quaſi aliter dictum aliter ſcriptum videatur, li. 4.c.18

Vſufructuarius omnium bonorum ex teſtamento, relictus, æs alienum defuncti teſtatoris ſoluere non tenetur; ſed hæres cui id onus incumbit, deducere ex bonis poteſt, & quod ære alieno hoc modo deducto onere vſufructuario tradere, ibi.cap.19.

Si legetur vſusfructus domus adiecto onere ne altius tollatur, proprietas relicta non cenſetur, l.5.c.43.

Si prædij vſusfructus fuerit in teſtamento relictus ea conditione adiecta vt alienari non poſſit, proprietas relicta non videtur, ib.c.44

Si vſusfructus prædii ſit relictus cum facultate illud alienandi, proprietas relicta intelligitur, ibi.c.45

Si prædii vſusfructus legetur eâ conditione adiecta, vt poſt mortem ſuam illud legatarius alteri reſtituat, proprietas relicta videtur: niſi teſtator imperitia lapſus ita dixerit, ib. c.46

Vxore relicta vſufructuaria, liberis extantibus, atq; hæredibus inſtitutis, non tantũ

ci alimenta, ſed vetus vſusfructus, dominium neque vtendi fruendi relictum cenſetur; excepta tamen filiorum legitima, ibid.c.47

In legato vſusfructus ius accreſcendi, inter coniunctos verbis tantum, locum non habet, ib.c.50

Pater monachus effectus amittit quem habet in bonis filij aduentitijs vſumfructum, reditque ad proprietatem, l.6.c.12

Si filius patria poteſtate aliter quam per emancipationem liberetur, puta per dignitatem Epiſcopalem, vel Patritiatus honorem, vel per contractum matrimonium, vel ex conſuetudine vel ſtatuto ciuitatis liberatus eſſe intelligitur à patria poteſtate, pater vſumfructum bonorum aduentitiorum & maternorum amittit, ibi.c.35

Pater virilem vſusfructus portionem conſequitur, non tamquam vxoris hæres, & quaſi vxori ſuæ ſuccedat, ſed per ipſos liberos quos emancipauit. Ad interpr.l.3 C.de bon.matern. ib.c.42

Vxori inopi, ſi mortuus ſit vir filijs ſuperſtitibus, non vſumfructum quartæ partis, ſed proprietatem deberi certum eſt, lib. 10.c.72

Vſufructuarius non poteſt exigere nomina debitorum quorum habet vſumfructum, ſine ceſſione vel mandato hæredis ſecus ſi ſit in eorum poſſeſſione, lib. 12. cap.35.

Si maritus vxori ſuæ legauerit vſumfructũ ea condicione ſi dotem non petierit, vel per ſimilia verba condicionem importantia, finito vſufructu dos exigi poteſt, ib.c 64

Si maritus vxori legauerit vſumfructum ita vt dotem conſequi non poſſit, ſi illa dotem non petierit, ſed ei ſponte à marito hæredibus detur, legatum idcirco non amittit, ibid.c.65

Vſufructuarius omnium bonorum legata ſoluere non tenetur; ſed ipſe hæres: & concurrit huiuſmodi vſufructuarius cum legato rei particularis, l.13. c.28

De dote legat.

LEgatum dotis vel pro dote relictum puellæ certæ ab extraneo, purum non eſt ſed condicionale, l.5.c.48

Pater filiæ ſuæ pro dote legauit quadringenta, deinde eam elocauit viuens, data dote & numerata ducentorum; illa reſiduum ex legato petere poteſt. Ad interpretat. l. filia legatorum. C. de legat. ibid.c.55.

LIB. XXXV. DIGESTORVM.

De condit. & demonſtrat.

MATRI vel auiæ, quam relinquunt filio vel nepoti legitimam portionem, vel etiam hæreditatem, non licet eam conditionem, quantum ad legitimam, adijcere, vt vſusfructus patri non acquiratur quod ſi adiecta fuerit, inefficax erit, lib. 5.cap.21

Legatum dotis vel pro dote relictum puellæ certæ ab extraneo, purum non eſt ſed condicionale, ib.c.48

Si legetur puellæ ſub conditione, ſi fuerit matrimonio copulata Seio, legatum debetur celebratis nuptijs, ante copulam carnalem, ibid.c 49

Si teſtator legauerit puellæ ſi nupſerit mille; ſin autem monaſterium fuerit ingreſſa ducenta; ſi monaſterium ingreſſa fuerit mille conſequi non poteſt, ib.c.54

LIB. XXXVI. DIGESTORVM.

D. ad Senatuſconſultum Trebellian. & ad leg. Falcid.

DEfenſio c. Raynutius de teſtam. aduerſus Franciſci Hotomanni obtrectationes, l.4.c.1

Filius rogatus hæreditatem reſtituere, poteſt detrahere ſimul legitimam & Trebellianicam; tam iure ciuili quam canonico; pro defenſione d.c Raynutius, ib.c.2

Trebellianicæ detractioni locus etiam eſt, cum legitima eſt ſeruus, ib.c.3

Detractio Trebellianicæ non poteſt à teſtatore prohiberi, ib.c.4

Neq;

Neque liberis primi gradus Trebellianica prohiberi à teſtatore poteſt, ib.c.5

Trebellianicæ detractio prohibita non intelligitur, cum teſtator alienationem bonorum prohibuit, ibid.c.6

Fideicommiſſarius reſtituens hæreditatem alteri fideicommiſſario Trebellianicam deducere non poteſt: niſi proponatur ex facto, primum hęredem ideo non dexiſſe quartam, quòd eam donare voluerit fideicommiſſario, ibi.c.7

Hæres totam hęreditatem reſtituendo abſque vlla detractione, non præſumitur, in dubio, huiuſmodi quartam fideicommiſſario donare voluiſſe, ib.c.eod

Quartæ Trebellianicæ detractio facienda eſt ex tota defuncti hæreditate, non autem ex eo quod deductis legatis ſupereſt ib.c.8

Fructus in Trebellianicam non ſunt imputandi, cum verſamur in liberis primi gradus qui præter Trebellianicam etiam legitimam detrahunt, ibi.c.9

Fructus quoque non imputantur in Trebellianicam, quando filius hæreditatem extraneo iuſſus eſt reſtituere. Ad interp. l. iubemus. C. ad Trebell. ibi.c.10

Si vltrà dodrantem hæreditas ſit legatis onerata, quartæ deductiom in tali legato locus eſt, ſecundum legem Falcidiam; non vero iuxta Senatuſconſultum, Trebellinacum, ibid.c.11.

Lex Falcidia locum non habet in fideicommiſſis ſingularibus ſeu particularibus, ſed deductio debet fieri ex Senatuſconſulto Trebelliano, ibi.c.12

Vt ceſſet Falcidia, tacita prohibitio non ſufficit, ſed expreſſa requiritur, ibidem cap.13

Trientes vſuræ non ſunt ea quæ triennio ſortem æquant, ſed cum quatuor pro centenario dantur. Ad interpret. l. ſi hæres. §. item ſi reip. D. ad L. Falcid. ibidem cap.14

Imittendum eſt diſcrimen inter Falcidiam & Trebellianum, vt nimirum in eam imputentur ea duntaxat quæ iure hæreditario hæres accipit, in iſtam verò etiam ea quæ iure legati vel fideicommiſſi. Ad interpret. l. in quartam D. ad L. Falcid. ibid. c.15

Cauſſa ſeu ratio huius diſcriminis eſt, quia hæredi grauato vltrà dodrantem legatis verba legis fauent, nec voluntas teſtatoris aduerſatur, ibi.c.eod.

Verba illa Pro ea verò parte quam accipit à cohærede &c. in d. l. in quartam circ. med. non ad Falcidiam referenda ſunt, ſed ad Trebellianicam, ibi.c.eod.

Fideicommiſſum hæredi relictum cauſſa conditionis implendæ, in quartam ex Trebelliano imputatur, ibi.c.eod.

In legatis & fideicommiſſis ad pias cauſſas relictis, etiam detractioni quartæ ex lege Falcidia & Senatuſconſulto Trebelliano locus eſt; niſi hæres in mora fuerit legatum præſtandi, ibi.c.17

Hęres grauatus quartam partem fideicommiſſario reſtituere tenetur; reliquo autem dodrante, ſicuti volet vti poteſt, tanquam perfectus dominus, ibi. c.53

De bonis patris quæ propter delictum ad fiſcum peruenerunt, legitima filiorum detrahenda, (in caſibus quibus ex ſtatuto vel conſuetudine locus eſt confiſcationi) dimidia pars bonorum eſt, ſi vnus ſit filius vel duo; cæterum ſi plures totus as continebitur, atque adeo confiſcatio euaneſcet, ibid c.95

Eſt modus aliquis iuri conſentaneus, quo reſtitutioni legitima filiotum ſubijci queat, ibi. c.96

Filius legitimam portionem amittit, ſi legata pia ſoluere neglexerit, l.6.c.73

Legitima filiorum non includitur in legato vſufructu omnium bonorum, mortuis fil[illegible] & hæreditate deueniente ad ſubſtitutos pupillares, li.10.c.99

Legitima non eſt pars quota bonorum, ſed hæreditatis, l.12.c.4

Annotatio de legitimæ augmento ad c.27. lib.4. ibi.c.5

Filius approbando teſtamentum patris, in quo certis rebus relictis prohibitus fuit plus non petere etiam ratione legitimæ, non tamen renunciare legitimæ videtur, ibid. c.6

Per approbationem teſtamenti in quo legitima

k

gitima fuit cum onere relicta, ſubiecta tamen oneri legitima non cenſetur, ibi. cap.7

Generalis renunciatio iuramento confirmata ad legitimam quoque extenditur, ibid. cap.8

Supplementum legitimæ tollitur præſcriptione 30. annorum, non quinquennij, ib.c.9

Onus de legitima ipſo iure reiicitur ita vt non ſit neceſſaria petitio & declaratio filij, ſed eo moriente tranſmittitur ad eius hæredes, ib.c.10

Trebellianica liberis primi gradus prohiberi non poteſt, l. 12. c.11

Filius legitimam & eius ſupplementum repudiare poteſt, in præiudicium creditorum, ſiue ſint hypothecarij ſiue chirographarij, l.13.c.46

Aſcendentes grauati per fideicommiſſum detrahere quoque poſſunt duas quartas l.13.c.51

Filius grauatus legatis vltra dodrantem detrahere poteſt & legitimam & Falcidiam ibid.c.52

Additio ad c.3.lib.5. in quo agitur de Trebellianica cum legitima eſt ſemis, ibid. cap. 53

Filius approbando teſtamentum patris per ſimplicem hæreditatis aditionem, poteſt nihilominus Trebellianicam à teſtatore prohibitam detrahere, ibi. c.56

Trebellianicæ detractio probiberi etiam codicillis poteſt, ibi. c.57

Legatarij quandoque contribuunt in detractione Falcidiæ, ib.c.58

Trebellianica ceſſat quando eccleſia grauata eſt reſtituere alteri eccleſiæ, ib.c.63

LIB. XXXVII. DIGESTORVM.

De bonorum poſſeſſion.

PRÆTOR hæredem facere non poteſt iure ciuili. Ad interpre. §. quos autem Inſt. hoc tit. l. 5.c.72

Edictalis bonorū poſſeſſio eſt quæ ex Prætoris edicto datur, competitq; illis perſonis quæ verbis ipſius edicti comprehenſæ ſunt: Decretalis vero eſt quę competit ei qui verbis quidem edicti non continetur, ſed Prætor æquitate motus eam concedit, ibi.c.73

In obtinenda bonorum poſſeſſione, iure nouiſſimo inſpecto; decretum Prætoris neceſſarium non eſt, ibi. c. 74

Filiusfamilias: cui bonorum poſſeſſio delata eſt, eam agnoſcendo & petendo nihil ſibi ipſi acquirit, ſed patri: iure nouiſſimo autem bona patri acquiruntur quoad vſumfructum, filiofam. quoad dominium, ibi.c.75

Si filiusfam. bonorum poſſeſſionem ſibi delatam, abſque conſenſu patris agnouerit, & pater eam non ratificauerit, nihil ex ea acquirit, neque creditoribus ac legatarijs ſatisfacere tenetur, ibid. c.76. & l.13.c.38

Bonorum poſſeſſionem agnouiſſe præſumitur ille, qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem contra bonorum occupatores inſtituit, l.6.c.58

Bonorum poſſeſſio intra ſtatuta legibus tempora agnita fuiſſe præſumitur, in quibuſdam caſibus, ib.c.59

Nepos qui ſe patris hæredem negat, aui hæreditatem per poſſeſſionem bonorum, ex edicto prætorio petere poteſt; non autem iure ciuili. Ad l. qui ſe patris. C. vnde liberi, ib.c.66

Lex hæc Qui ſe patris. C. vnde liberi. hodie correcta non eſt, ibi. c. 67

Prætor hæredes facere non poteſt ideo quòd per legem fiant, l.13.c.29

In petenda bonorum poſſeſſione legitimatio perſonarum requiritur, ibi. c.31

Is qui agnouit bonorum poſſeſſionem tenetur probare ſe agnouiſſe illam in tempore conſtituto, ibid. c.32

Bonorum poſſeſſio eſt ius quo, non autem propter quod, ibid. c.33

Nulla reperitur ciuilis bonorum poſſeſſio, ſed prætoria omnis eſt, ib.c.34

Is qui intentauit poſſeſſoriam hæreditatis petitionem, eo ipſo bonorum poſſeſſionem agnouiſſe videtur, ibid.c.35

Duplex eſt bonorum poſſeſſio, edictalis & decretalis, ibi.c.36

Hæ-

Hæreditas etiam delata dicitur infanti & ignoranti, non autem furioſo. Ad intellect. ſtatuti Lucenſis quod hæreditas delata tranſmittatur, ibi. c. 37

Ad l. primam, C. qui admitt. quomodo accipiatur illud verbum Etiam ibidem. cap. 39

De collation. bonor.

Emancipati ea quæ à parentibus conſequuntur tempore emancipationis, vel poſt emancipationem, conferre tenentur ſuis tantum, non etiam emancipatis, l. 5. c. 77. & l. 13. c. 94

Si pater vni ex filijs minorem hæreditatis portionem relinquit, is conferre non tenetur, l. 5. c. 78

Si teſtamentum pro parte valeat, & pro parte ſit ruptum, nihilominus inter filios quorum alter ex teſtamento alter contra teſtamentum hæreditatem petit, collationi locus eſt, ibi. c. 79

Simplex donatio à patre filio in poteſtate exiſtenti facta, & morte donatoris confirmata, non confertur, ib. c. 80

Si donatio à patre in filium qui in poteſtate eſt collata, ab initio valeat, vt aliquibus in caſibus valere poſſe receptum eſt, tamen non confertur, ib. c. 81

Si pater filio aliquid donauerit, vt matrimonium contraheret cum muliere nobili, quæ alioquin nolebat ei nubere, id non confertur, ib. c. 82

Explicatio l. vlt. C. hoc tit. quod nec emancipati bona aduentitia conferre teneantur, ibi. c. 83

Donatio ſimplex à patre filio facta conferri debet. Ad interpr. l. filiæ C. famil. erciſcund. l. ſi donatione & l. pen. C. hoc tit. l. 6. c. 64. & l. 12. c. 46. & l. 13. c. 92

Conſtitutio in d. l. vlt. quod aduentitia bona non conferantur, etiam iuſta interpretatione ad emancipatos trahi poteſt l. 6. c. 56

Filius emancipatus tenetur ſimplicem donationem conferre, lib. 12. c. 44. & li. 13 cap. 93

Quando feudalia bona filio acquiruntur viuente patre, tunc eorum æſtimatio conferenda eſt, quæ eſt tempore mortis patris, li. 12. c. 45

Nepotes vel neptes non tenentur patruis dotem vel donationem propter nuptias ſibi datam conferre in aui ſucceſſione l. 13. c. 91

Lucrum dotis non confertur, ib. c. 95

Emancipatus ſimplicem donationem conferre tenetur, etiamſi tempore donationis fuerit in poteſtate & poſteà emancipatus, ib. c. 96

Emancipato conferente donationem, etiam exiſtens in poteſtate conferre tenetur, ib. c. 97

Filia habens dotem minorem cogere poteſt fratrem ad conferendam ſimplicem donationem maiorem, ib. c. 98

Locus etiam eſt collationi inter filios qui veniunt ex capite vnde agnati vel vnde cognati, ibid. cap. 99

Filia ſtatuto excluſa à ſucceſſione extantibus maſculis, ſed hęres à patre teſtaměto inſtituta, tenetur conferre, ibid. c. 100

De iur. patronat.

Si duo ſint hæredes patroni A, & B: & A. moriatur relictis quinque hæredibus, quorum duo præſentent vnum, ſimul cum B. compatrono, alij vero tres præſentent alium ad ius patronatus, vota non ſunt æqualia, ſed præfertur ille qui à duobus & B. offertur, Lib. 10. cap. 95

LIB. XXXVIII. DIGESTORVM

De ſuis & legitim. hæred.

Statuto ciuitatis mandante, vt exiſtentibus filijs maſculis legitimis & naturalibus fœminæ excludantur, filius per reſcriptum legitimatus à ſucceſſione paterna filias fœminas non excludit, lib. 6. cap. 1

In ſucceſſione regni & principatus, ſi conſuetudo defecerit, preferendus eſt nepos ex filio primogenito, non autem patruus ibidem c. 2.

Fratrum filij patruo ſuccedunt in capita, non verò in ſtirpes, ibid.c.3

Aſcendentes in pari gradu exiſtentes, filijs vita functis nullo condito teſtamento, ſuccedunt æqualiter, nulla bonorum diſtinctione adhibita vnde ad filium peruenerint, ibi. c.4

Frater vterinus & conſanguineus, nullis proximioribus ſuperſtitibus, fratri defuncto æqualiter ſuccedunt, nulla adhibita diſtinctione bonorum, vtrum ex linea paterna, vel materna ad defunctum peruenerint, ib.c.5

Si pater & mater vel auus paternus & maternus ſimul ſuccedant filio vel nepoti inteſtato defuncto, qui erat in poteſtate, pater vel auus paternus præter ſuam portionem quam pleno iure conſequitur, iure etiam vſumfructum obtinet, donec vixerit, eius portionis quæ matri vel auo materno delata eſt, ibi.c.6.

Frater vtrinque coniunctus in defuncti ſucceſſione non præfertur auo, ſed ſimul cum eo ſuccedit, ib.c.7

Fratres ex vno tantum latere coniuncti non ſuccedunt ſimul cum parentibus defuncti, ſed ijs poſtponuntur, ib.c.8

Nati ex damnato & nefario coitu, ſicuti aſcendentibus non ſuccedunt, ita etiam excluduntur ab inteſtati ſucceſſione tranſuerſalium, ib.c.10

Si intra annum profeſſionis monachus decedat nullo condito teſtamento, bona eius ad monaſterium, non vero ad proximiores hæredes pertinent: ſi videlicet animum habuerit abſolutè vitam mutandi, taciteque vel expreſſe religionem fuerit profeſſus, ſeu bona ſua monaſterio dedicauit: alias ſecus eſt, ibi. c. 19

Conciliatio ll. lege obuenire. 130. De V. S. & l.3.§. de illo D. pro ſocio circa interpretationem vocis legitimæ hæreditatis hoc modo, vt dicamus Vlpianum in d. l. 130. loqui ſecundum latiorem verbi ſignificationem, Paulum verò in d. l. 3 iuxta propriam & ſtrictam, ibi. c. 41

Statutum præferens in ſucceſſione agnatos cognatis, locum non habet in hæreditate Clerici, l.12.c.29.

LIB. XXXIX. DIGESTORVM.

De operis noui nunciat.

Operis noui nunciatio licet manifeſte iniuſta, contemni tamen impune non poteſt, Ad interpretat. l.1. hoc tit. lib. 8.cap.44

Ædificans ſpreta noui operis nunciatione, (priuſquam ſuper ipſo principali negotio, ſcilicet vtrum ædificare liceat necne, lis conteſtetur) cogitur ante omnia cæptum ædificium ac opus demoliri, ibid. cap.45

Socius ſocio in re communi nouum opus nunciare non poteſt, ſed communi diuidundo iudicio res diuidenda, vel per prætorem inhibitio facienda, Ad interp. l.3.§.1. hoc tit. ib. c. 46

Vnius nunciatio omnibus non ſufficit, prodeſt quidem nuncianti ſed non alijs, niſi res ſit indiuidua. Ad interpr. l. de pupillo. §. ſi plurium hoc tit. ibi. c. eod.

Ius ſibi licere altius tollere, negatoriæ actionis eſt non confeſſoriæ. Ad l. ſi prius. hoc tit. ibi.c.47

Nunciatio ſeu prohibitio remittitur: præſtita cautione de demoliendo, ſi intra trimeſtre ſpatium lis non poſſit definiri. Ad interpret. l. vnic. C. hoc tit. ib.c.48.

Minor 25. annis aduerſus ſpretam noui operis nunciationem reſtituendus eſt, ib. cap. 49.

Si vſufructuarius vicino opus nouum nunciauerit, neceſſaria eſt remiſſio, ibidem cap.50.

De publican. & vectigal.

Stante ſtatuto vt de quolibet inſtrumento debiti ſoluatur gabella, ſoluenda ea erit à creditore non à debitore; item ab emptore non à venditore, l.11.c.58

Stante ſtatuto de quo dictum eſt in capite præcedenti, in contractu mutui vel commodati ſoluenda eſt gabella non à creditore, ſed à debitore, ib.c.59.

De

De donationib.

Donatio remuneratoria inter patrem & filium valida eſt, l.3.c.74

Si pater dicat ſe filio donare cum ob eius benemerita, tum ob amorem paternũ, valet donatio; ibid.c.75

Si pater filio ob bene merita donauerit, quę tamen probari non poſſunt, donatio nihilominus conſiſtit tanquã ſimplex, quę ſcil. morte patris confirmetur, ibi.c.76

Valet donatio patris iuramento firmata, ibid.c.77

Non conſiſtit donatio, ſi vnus ex filijs alteri filio, quamuis conſentiente patre, bona ipſius patris donauerit, ibid.c.78

Si pater filio in poteſtate donet bona pro ſua legitima, non valet ſtatim donatio, ſed expectanda eſt mors patris vt ex ea donatio confirmetur, ibid.c.79

Si ſtudiorum gratia pater filio donauerit, donatio conſiſtit, ibid.c.eod.

Cõſtitutioni quæ natiuitate liberorum donata reuocat, renunciari poteſt. Ad interpret. l. ſi vnquam C. h.t. l.3.c.84

Eadẽ conſtitutio nõ ſolum in patrono donante libertis locum habet, ſed etiam ad alias extraneas perſonas extenditur, ibid. c.85

Obtinet quoque dicta l. ſi vnquam in donatione Eccleſiæ facta, ibid.c.86

Donans habens liberos tempore donationis, ſi deinde alios ſuſcepit donatio non in totum, ſed pro parte reuocatur, id eſt, pro legitima, ibid.c.87

An autem hæc conſtitutio locum ſibi vendicet in re donata particulari, ſeu parte bonorum modici momenti, iudicis arbitrio relinquendum; ibid.c.88

In donatione remuneratoria quoque dicta conſtitutio obtinet, ibid.c.89

Donatio ſuſceptis liberis reuocata non reuiuiſcit aut conualeſcit, ſi liberi ante parentem vita fungantur, ibid.c.90.

Donatio inofficioſa parentũ collata in extraneum, ſi & re & conſilio talis ſit in totum reuocatur, ſi re tantum vſq; ad legitimam: collata in filium non reuocatur in totum ſed duntaxat vſque ad legitimã quamuis re & conſilio ſit inofficioſa, l.6.c.84

Liberi alienata à parentibus titulo oneroſo, ne quidẽ ad legitimam reuocare poſſunt, niſi in eorum portionis fraudem alienatio fiat, ibid.c.85

Donatio inter viuos omnium bonorũ pręſentium & futurorum non valet, ib.c.87

Donatio omnium bonorũ præſentium, & futurorum iuramento confirmatur, ibi. c.88

Donatio omnium bonorum pręſentium & futurorum reſeruato vſufructu valet, ib. c.89. & l.13.c.48.

Donatio omnium bonorum pręſentium & futurorũ, reſeruato aliquo de quo teſtator in vita diſponere valeat, de iure ſubſiſtere non poteſt, ſi bona ſint valde exigua & vix ad alimenta donatoris ſufficiant; ſin autem ſint magna & precioſa, videtur teſtamenti diſpoſitionem in ijs ſibi reſeruaſſe, ib.c.90

Quid ſi donans bona omnia præſentia & futura, reſeruet ſibi aliquid de quo poſſit diſponere in certum genus perſonarum, vel in certam cauſſam (puta vt poſſet diſponere ſeu teſtari pro anima) donatio tamen valet, ibid.c.91

Quid ſi donans omnia præſentia & futura bona, reſeruet ſibi aliquid de quo poſſit in vita vel in morte diſponere, donatio valet, ibid.c.92

Donatio facta omnium bonorum præſentium & futurorum, non continet veſtes, ſupellectilem, & alia quæ veriſimile non eſt quemquam ſpecialiter donaturum eſſe, niſi manifeſta ſit teſtatoris voluntas, ibid.c.93.

Donatio hæreditatis non valet, ibid.c.94

Vtilis actio competens ei cui donator poſt mortẽ eius, cui donauit rem reſtitui voluit, non in rem ſed in perſonam eſt. Ad l. quoties. C. de donat. quæ ſub modo, l. 8.c.88

Donator pactum vel modum donationi adiectum, in fauorẽ alterius eo inuito ad libitum reuocare non poteſt, ibid.c.89

Si eccleſię res donata ſit ea lege, vt donatori alimenta ſuppeditet, & illa non impleuerit conditionẽ donatori repetitio rei donatæ competit. Ad l.1.C.d.t. ib.c.90

Pactum de donando continetur in conſtitutione l. ſi quis argentum. §. fin. C.h.t. l.11.c.24

Donatio iuramento firmata valet etiã abſque inſinuatione, quamuis ſummã quingentorum aureorum excedat, l.12.c.48

Donatio facta filięfam. in poteſtate exiſtẽti à patre ſuo ex cauſſa dotis, valet, l.13.c.60

De mortis cauſſ. donation.

CVm quis ſanus exiſtens & nullo mortis periculo exterritus, poſt mortem ſuam donat, ſi mortis tempus adiectum eſt ſubſtantiæ donationis, mortis cauſſa donatio eſt, ſi eius executioni aut præſtationi ipſius rei donatę, inter viuos donatio eſt, l.5.c.22

Mortis cauſſa ſi quis donet & promittat eã donationem ſe non reuocaturũ, donatio mortis cauſſa non eſt, ibid.c.23

In donatione mortis cauſſa filijfamilias, patris conſenſus requiritur non ad integrandam perſonam filij, vt loquuntur, ſiue pro ſolemnitate actus: ſed propter præiudicium patris, ibid.c.24

Poteſt filiusfamilias abſque patris conſenſu mortis cauſſa donare res aduentitias, in quibus pater nullum habet vſumfructum, ibid.c.25

Filiusfamil. ipſi patri conſentienti mortis cauſſa bona aduentitia donare poteſt, ibid.c.26

Municipij lege diſponente quod mulier contractum facere non poſſit abſque duorum propinquorum cõſenſu: omiſſa tamẽ hac ſolemnitate mortis cauſſa donare poteſt, ibid.c.60

Adultus minor 25. annis curatorẽ habens, mortis cauſſa donare poteſt abſque eius conſenſu & authoritate, ibid. c.61. & l.13.c.86

Vſurarius manifeſtus qui teſtari prohibetur, etiam mortis cauſſa donare non poteſt, ante præſtitam cautionem de reſtituendis vſuris, l.5.c.62

Donatio mortis cauſſa poteſt reuocari ex pœnitentia donatoris abſq; hærede decedentis, ibid.c.63

Si teſtamentum faciat filiusfam. cum conſenſu patris, adiecta clauſula codicillari, ſi non valet iure teſtamenti, valeat iure codicillorum & cuiuſcunque vltimę voluntatis; in vim donationis cauſſa mortis valere poteſt, ibid. c.64

Mortis cauſſa hæreditatem ſuam quis donare poteſt, non tamen iure directo, ſed veluti per fideicommiſſum, l.6.c.95

LIB. XLI. DIGESTORVM.

De acquirend. rerum domin.

VEnatio de iuſtis cauſſis prohiberi à Principibus poteſt eorum ſubditis, etiam ſancitis pœnis, l.1.c.1

Vide annotationem ad d. c.1. de pœna carceris in eos conſtituenda, l.6.c.99

Etiamſi malæ fidei poſſeſſor ſumptus neceſſarios in rem factos repetere poſſit, non tamen in ſpecie l.1.C. de infant. expoſit. licet fuit alimenta repetere; non enim poteſt quis actionem ex ea cauſſa conſequi ob quam alteri obligatur, lib. 1.c.54

Malæ fidei poſſeſſor vtiles impenſas auferre poteſt, ſi abſq; rei detrimento deduci poſſint. Ad interpretationem. l. adeo §. ex diuerſo h.t. & l. vtiles De petit. hæred. & l.2.C. de rei vendicat. ibid.c.55

Hæres in bona fide exiſtens condemnandus attamen eſt ad reſtitutionem fructuum, quando defunctus rem poſſedit mala fide, ibid.c.56

Bonæ fidei poſſeſſor omnes fructus conſumptos lucratur & ſuos facit, tam naturales quam induſtriales, ibid.c.57

Bonæ fidei poſſeſſor ex fructibus conſumptis locupletior effectus, ad reſtitutionẽ fructuum conſumptorum, ſiue eorum æſtimationem, conueniri poteſt in iudicijs vniuerſalibus, non autem in particularibus, ibid.c.59

Si poſſeſſor ab initio ſit bonæ fidei, deinde inceperit eſſe malæ fidei, fructus ſuos facit eius temporis quo eſt in bona fide, quos autem percepit poſtquam fuit in mala fide nequaquam. Ad interpretationem l. bonæ fidei §. in contrarium. D.h.t. & l. qui ſcit. §. vlt. De vſur. ib. c.59

Fructus poſt litem conteſtatam à poſſeſſore percepti, & euicta ſunt reſtituendi & ſi inſtan-

inſtantia fuerit prioris iudicij lapſu temporis perempta, ibid.c.60

Conſuetudo venandi contra prohibitionẽ inſequentem factam, à pœna non excuſat, l.11.c.1

Perempta inſtantia perimitur effectus malæ fidei ad effectum vt poſſeſſor non teneatur fructus reſtituere. Correctio c. 60.l.1. l.12.c.73

Malæ fidei poſſeſſor expenſas factas cuſtodiæ cauſſa non deducit, l.13.c.88

De adquir. vel omittend. poſſeſſion.

POſſeſſio duplex eſt naturalis & ciuilis: eſtque iuris & facti, hæc eſt ipſa detentio, & corporalis de facto inſiſtentia, illa eſt iuſta cauſſa, idonietas, & ius ipſum poſſidendi, l.8.c.5

Poſſeſſorium & petitorium ſimul cumulari poſſunt in eodem iudicio excepto tamẽ ordine iudicij, quia nihil commune habet poſſeſſio cum proprietate. Ad interpret. l. naturalis §. nihil commune. h. t. ibid. c.6

Poteſt Princeps reſcripto ſuo cauſſam poſſeſſionis & proprietatis ſimul cognoſcẽdam mandare; ſi is qui hoc petit probationes habeat in promptu, & ſi pauper vel mediocris fortunæ ſit, aduerſarius vero potens ac diues, ibid.c.7

Vſufructuarius poſſidet naturaliter & corporaliter, ſed non de iure & ciuiliter, ib. c.18.

Poſſeſſio rerum corporalium animo & corpore acquiritur, ſi traditio vera vel ficta interueniat, ibid.c.19

Infans poſſeſſionem acquirere poteſt, cum tutoris authoritas interuenit, ibi. c.eod.

Ad acquirendum quaſi poſſeſſionẽ rerum incorporalium, non requiritur ſcientia & patientia aduerſarij, ſi de poſſeſſione abſolute agatur, id eſt, tam de iuſta quã iniuſta: ſed in iuſta ciuilique poſſeſſione ſcientia ac patientia aduerſarij non eſt opus, ſi titulus adſit & bona fides, alias ſi non adſint neceſſario dicta ſcientia requiritur, ibid.c.20

Retinetur poſſeſſio ſolo animo & affectione, ibid.c.21

Concluſiones ex Bartoli combinationibus ad l. naturaliter §. nihil commune. D. hoc tit. l.10.c.86

Poſſeſſio ſeu quaſi etiam in ſeruitutibus onus probandi transfert in aduerſarium, l.11.c.56

D. pro herede.

TItulus pro hærede in ſuis hæredibus, veluti ſunt filij in poteſtate, proficit ad vſucapionem, l.6.c.11

LIB. XLII. DIGESTORVM.

De re iudicata.

ADuerſus rem iudicatam, propter inſtrumenta de nouo reperta, etiamſi quis ex iuſta & probabili ignorantia, ea non produxerit, reſtitutio non datur, l.1.c.51

Sententia retractari non poteſt prætextu teſtamenti nouiter reperti, ſi ſecundum quantitatem ex eo relictam iudicatũ ſit; ſecus ſi aliud teſtamentum proferatur, in quo maior quantitas relicta ſit, ibid. c.52

Eccleſia propter inſtrumenta de nouo reperta, iuſtis de cauſſis aduerſus rem iudicatam erit reſtituenda, ibid.c.53

Ex ſententia iudicis ſeu re iudicata dominium transfertur: ſi modo ſententia & actio inſtituta in cũ finẽ tendant, ib.c.62

Exceptio rei iudicatæ in ſummario iudicio, non obſtat in ordinario, neq; refert an probationes ſint plenæ vel nõ, l.10.c.80

Sententia lata in iudicio ordinario nõ poteſt in alio iudicio retractari quibuſdam caſibus, ibid.c.81

Quod eſt in iudicio deciſum & cognitum, in alio iudicio deduci poteſt, quando habita non fuit ratio exceptionis oppoſitæ, ſed iudex eam reiecit quaſi non obſtaret; tunc enim alio iudicio eandem opponere poteſt: aliâs ſecus. Ad l. vindicant. De euiction. ibid.c.82

Sententia lata ex falſa cauſſa nulla eſt. ſi falſa cauſſa in ſententia fuit expreſſa, alias valet, ibid.c.83

Sententia delegati iniuſta tranſit quoq; in rem iudicatam, ibid.c.92

Sententia ſub conditione reſolutiua valida eſt, l.11.c.16

Sen-

Sententia lata ſub conditione extrinſeca valet, ibid.c.17

Non valet ſententia lata ſub conditione intrinſeca, reſpiciente tempus præteritum, vtputa ſi probatum ſit, ibid.c.18

Non valet ſententia lata ſub conditione intrinſeca, reſpiciente tempus futurum, vtputa ſi probabitur, ibid.c.19

In caſu l. admonendi. De iureiur. reſtitutione in integrum opus non eſt, vt ſententia retractari poſſit propter inſtrumenta nouiter reperta, ibid.c.27

Sententia lata in cauſſa ſummaria recte dici poteſt definitiua, l.13.c.18

Stante ſtatuto quod contra debitoré poſſit fieri executio à creditore, ceſſionario etiam ius exequendi competet, ib.c,27

De ceſſion. bonor.

Debitor negans debitum nō amittit idcirco beneficium ceſſionis bonorum, l.13.c.69

LIB. XLIII. DIGESTORVM.

De vi & vi armat.

Si de vi illata ſit quæſtio, & obijciatur eum qui vim ſibi factam dicit non poſſediſſe, non de vi prius ſed de poſſeſſione cognoſcendum erit, l.8.c.8

Agens interdicto recuperandę poſſeſſionis, probare debet & ſuam poſſeſſionem & deiectionem, ibid.c.9

Agenti interdicto recuperandæ poſſeſſionis exceptio dominij à ſpoliatore opponi non poteſt: ac etiamſi notorium ſit ſpoliatum prædonem eſſe, ſpoliatorem vero dominum, tamen hęc exceptio dominij non obſtabit, quo minus ante omnia reſtituatur: nullo diſcrimine inter res eccleſiaſticas & prophanas adhibito, ibid.c.10

Spoliato agenti contra ſpoliatoré, exceptio alterius ſpoliationis ab ipſo factæ obijci nō poteſt, ſi ex interuallo temporis facta ſit: ſecus ſi in cōtinenti: quod & in Clericis de iure Canonico attēditur, ib.c.11.

Contra tertium poſſeſſorem qui bonam fidem ac iuſtum titulū habet, remedium aliquod recuperandæ poſſeſſionis non competit. ibid.c.12

Agenti remedio recuperandæ poſſeſſionis exceptio præſcriptionis obijci poteſt. ibid.c.13

D. vti poſſidet.

Verba illa Satiſdationis vel transferendæ poſſeſſionis poſita in l. vnic. C.h.t. ſic ſunt accipienda, vt intelligantur de ſatisdatione quam poſſeſſor pręſtare debet de re conſeruanda illæſa, donec cauſa proprietatis cognita fuerit: vel ſi poſſeſſor ſatisdare nolit, poſſeſſio ab eo in aduerſarium transferatur, l.8.c.14

Poſſeſſorium duplex eſt plenarium ſiue ordinarium, quando iudiciorum ſolennibus obſeruatis plena & exacta cauſſę cognitio adhibetur: & ſummarium ſiue ſummariiſſimum, cui locus eſt cum vterque ſe ita poſſidere contendit, vt periculum ſit ne veniatur ad arma, quare iudex re ſummatim cognita (ſine præiudicio partium) alteri poſſeſſionem defert, donec de poſſeſſione plene cognoſcatur, ibid.c.15

In cauſſa poſſeſſorij eccleſiaſtici iudex eccleſiaſticus adeundus eſt, niſi clericus laicum coram iudice ſuo conuenire velit, ibid.c.eod.

In interdicto vti poſſidetis an per vnum teſtem poſſeſſio probetur, iudicis arbitrio committendum, ibid.c 16

Si vterq; ex litigatoribus probauerit ſe poſſidere, neuter vincet, ibid.c.eod.

Agenti interdicto retinendæ poſſeſſionis exceptio dominij non obſtat, ibid.c.17

De Saluiano interdict.

Saluianum interdictū etiam extra cauſſam locationis & conductionis cuilibet creditori, ſicuti actio hypothecaria, cōpetit, l.8.c.92

Excuſſio principalis debitoris præcedere debet, antequam Saluianum interdictū aduerſus extraneum poſſeſſorem intendatur, ibid. c.93

LIB. XLIV. DIGESTORVM.

De diuerſis temporalib. præſcription.

Leges quæ præſcriptionem inducunt cū mala fide iure Canonico ſunt correctę. l.1.c.63

Præ-

Præſcriptione completa bona fide, ſi is qui præſcripſit cognouerit rem eſſe alienam, nec in foro conſcientiæ tenetur eam domino ſuo reſtituere, ib.c.64

Is qui ab initio bonam fidē habuit, & poſtea dubitare cœpit an res ſua ſit vel aliena, præſcribere nihilominus poteſt, ibid. c.65

Mala fides auctoris nocet bonæ fidei ſucceſſori vniuerſali ſeu hæredi, quominus rem alienam præſcribere vel vſucapere poſſit, ibid.c.66

Mala fides etiam poſt longiſſimum tempus contra poſſeſſorem allegari poteſt, ſed condictio ex illa lege tollitur, ibid.c.67

Statutum ciuitatis, quo cauetur vt, niſi intra certum tempus creditor petierit debitū, à iure ſuo excludatur, non valet neq; ſeruandum, niſi caſibus infra ſcriptis, ibid. c.68

Aduerſus præſcriptionem maioribus viginti quinque annis in integrum reſtitutio non competit, nec quidem ex cauſſa iuſtæ & probabilis ignorantiæ, ibid.c.69

Præſcriptione ſeu vſucapione directum & abſolutum dominium acquiritur, ibid. c.70

Non fiſcus, non principes, nō ciuitates, ſed eccleſia Romana centum annorum præſcriptione gaudet, l.8.c.3

Seruitutes reales tam ruſticorum quam vrbanorum prædiorum præſcribi aut vſucapi non poſſunt, vtilitatis tamen cauſſa receptum eſt, vt diuturno vſu acquirantur, ſi nec vi, nec clam, nec precario, quis iiſdem fuerit vſus, ibid.c.22

Præſcriptio meri & mixti imperij fieri poteſt ſpatio 40. annorum cum bona fide, ibid.c.23

Iuris patronatus eccleſiaſtici præſcriptio laicis conceſſa non eſt niſi iuſtus adſit titulus, bona fides & ſpatium longiſſimi temporis, ibid.c.24

Ciuitas præſcribere non poteſt rem alienā, quando ciues ab initio fuerunt in mala fide, etiamſi illis mortuis alij ciues bonam fidem habentes ſuccedant, ibid c.25

Contra quoque fides in præſcriptione immemoriali neceſſaria eſt, ibid.c.26

Mala fides defuncti nocet hæredi quo minus licet in bona fide ſit præſcribat, etiamſi à ſeipſo præſcriptionem inchoare velit, ibid.c.27

Error iuris ne quidem ad longiſſimi temporis præſcriptionem prodeſt, ibid.c.28

Titulus ad præſcriptionem neceſſarius ex longi temporis poſſeſſione præſumendus non eſt, ibid.c.30

Is qui ignorat ſe titulū habere neceſſarium ad præſcribendum, eo non obſtante præſcribere poteſt, ibid.c.31

Bona fides ad præſcriptionem neceſſaria nō præſumitur, cum poſſeſſor titulum non habet, ibid.c.32

Præſcriptio temporis memoriam hominū excedentis corruit, & vitioſa eſt, ſi de titulo ſimiliter vitioſo & nullo conſtiterit, ibid.c.33

Mala fides reſpectu vnius præſcriptionem reſpectu alterius non impedit: niſi adſit ſcientia rei alienæ licet ignoret cuius ſit, ibid.c.34

Eccleſia aduerſus præſcriptionem 40. annorum in integrum reſtituitur, l.8.c.103

Idem tractatur, l.10.c.1

Conſenſus Pontificis maximi in alienationibus rerum eccleſiaſticarū neceſſarius eſt, neque præſumendus eſt interceſſiſſe ſpatio 30. vel 40. annorum, l.10.c.67

Ad extrauag. ambitioſa. de rebus eccleſ. nō alienandis, ibi c.98

Quando quis titulum & cauſſam habet à debitore, & ex eo titulo bona alteri obligata poſſidet, ſufficit aduerſus hypothecariam actionem longi temporis præſcriptio, l.12.c.82

Præſcriptio longi temporis aduerſus creditorem habentem hypothecariam actionem, incipit etiam ante factam excuſſionem principalis debitoris, ib.c.85

Res prohibita alienari præſcribi vel vſucapi non poteſt, l.13.c.80

Suprema poteſtas Principis præſcribi nequit, loquendo de iis quæ ad ſummum ſupremæ poteſtatis & [illegible] ipſi competunt, [illegible] quæ [illegible] ratione tal[illegible] ipſi referuntur, ibid.c.81

In præſcriptione immemoriali ſcientia & patien-

patientia aduerſarij non requiritur, ibid. c.82
Titulus in præſcriptione ſeruitutū realium non requiritur, ibid. c.83

De oblig. & actionib.

Actio criminalis & ciuilis aliquando cumulari poſſunt, aliquando non, l.9. c.2.
Actiones ex delictis deſcendentes nō tranſeunt ad hæredes, licet rei perſecutionem contineant, excepta condictione furtiua, ibid. c.5
Ad §. æque Inſtit. de action. de actione cōfeſſoria & negatoria, item de poſſeſſore actoris partes obtinente, l.10. c.85
Actiones in rem ſcriptæ perſonales dicuntur, quia habent ſuum principium naturale ex contractu vel quaſi & maleficio vel quaſi, l.11. c.60
Actiones mixtæ competunt etiam contra non poſſidentem, ibid. c.61
Actiones perſonales digniores ſunt realib. certis reſpectibus. & è conuerſo reales digniores perſonalibus certis alijs reſpectibus, ibid. c.63
Cumulatio plurium actionum, non eſt admittenda, quoties ita ſe habent vt abſolutoria in prima actione pariat exceptionem rei iudicatæ in alia. Ad intell. l. fundum & l. fundi. De except. l.12. c.1
Admittitur cumulatio actionis perſonalis & hypothecariæ, ſed non contra vnam eandemque perſonam, at contra diuerſas, ibid. c.2

LIB. XLV. DIGESTORVM.

De verbor. obligation.

Stipulatio alteri facta neque iure ciuili neque iure Canonico valida eſt, ſecus tamen ſi iuramentum acceſſerit, l.3. c.19
Qui promiſit alienum factum ſub pœna, etiam ſi fecit quicquid potuit, & is qui facere potuit at noluit, nihilominus pœna committitur, neque excuſationi locus eſt, ibid. c.20
Per ſtipulationem Notarij contractib. ad[illegible] ſub[illegible] [illegible] aliquod [illegible] abſentia [illegible], l.8 c.91. & l.12. c.38
Si pœna rei indiuiduæ adijciatur facto indiuiduo vel diuiduo, vno ex hæredibus contrauenie[n]te, aduerſus omnes hæredes in ſolidum committitur, l.10. c.53
Obligatio de defendendo non diuidua ſed indiuidua eſt, ibid. c.54
In ſtipulationibus Prętorijs vno ex hæredibus promiſſoris contrauenien[te], pœna aduerſus omnes non committitur, ib. c.56
Si quis promiſerit non offendere Titium nec hæredes eius ſub pœna, & vnus ex hæredibus fuerit offenſus, pœna non cōmittitur in ſolidū, hoc eſt, offenſus eam in ſolidum petere non poteſt, ſed tantum pro ſua parte, ibid. c.57
De regulis cognoſcendi an facta ſint indiuidua, ibi. c.60
Teſtator reliquit mille in conſtructionem eccleſiæ, & reliquit quatuor hæredes, nō eſt obligatio indiuidua, vt ſinguli in ſolidum teneantur, ibid. c.61
Conciliatio l. & ideo. hoc tit. cum l. Martius D. [illegible] & l. mora §. penul. De vſur. & l. pen. De duob. reis. circa hanc materiam diuiduę & indiuiduæ obligationis, ibid. c.62
Explicatur materia diuidui & indiuidui propoſitis concluſionibus breuio[ri] & faciliori via, ibid. c.63
Si quis alicui ſeruitutem promiſit ſub pœna, neque per ſe neque per hæredes impeditum iri, mortuo autem promiſſore vnus hæredum contrauenia[t], pœna aduerſus omnes hæredes pro portione hæreditaria datur. Ad l. 4. §. Cato hoc tit. ibid. c.75
Promiſit aliquis ſe non amplius acturū ſub pœna centum, mortuo promiſſore vnus ex hæredibus contrauenit, nō commiſſa eſt pęna contra omnes hæredes, ſed eum tantum qui contrauenit, ibid. c.76
Idem iuris eſt in ſtipulatione amplius non agi, quod in ſtipulatione per te non fieri, vel quod in ſtipulatione te hæredemque ratum habiturum, ſtipulatio enim rati diuidua eſt, ſicut ſtipulatio amplius non agi. ad d. §. Cato. [illegible] videamus. ibid. c.77
Vt pœ[na] [illegible] ex-preſſum

preſſim nomine pœnæ promitti, ib.c.78
Verbum conuenit in ſcriptis redactum ſtipulationem non importat, ibid.c.79
Conciliatio l. qui Romæ §. duo fratres. h.t. cum l. reſcriptum §. ſi pacto. De pact. ibid.c.84
Iudæus moram purgare poteſt. Ad l. ſi inſulam. hoc tit. ibid.c.91
Clauſula omni meliori modo transfundit actum in aliam ſpeciem, per quam efficacius valere poteſt, ibid. c.100
Additio ad hæc, l.13.c.40

LIB. XLVI. DIGESTORVM.

De fideiuſſor.

SI debitori dilationẽ ad ſoluendam datam creditor prorogauerit ignorante fideiuſſore, non liberabitur fideiuſſor ſi ſimpliciter fuerit obligatus, ſecus ſi vſq; ad certum tempus, l.2.c.89
Fideiuſſor etiamſi iureiurando ſe obſtrinxit, nihilominus beneficium & exceptionem excuſſionis habet, l.3.c.15
Fideiuſſores dotium reſtituendarum iureiurando obligantur, ibid.c.18
Fideiuſſor qui in maiorem ſummam ſe obligauit quam deberetur à reo principali, ne quidem in ſummam vere debitam tenetur, l.8.c.51
Exceptio excuſſionis cõpetens fideiuſſorib. ex Nouella Iuſtiniani dilatoria eſt & ante litis conteſtationẽ opponenda, ib.c.52
Excuſſionis exceptio locum habet cũ cauſa inter mercatores (non autem argentarios) ex bono & æquo, ſine ſtrepitu & figura iudicij, ſola facti veritate inſpecta cognoſcitur, ibid.c.53
Si fideiuſſor obliget ſe vt principalem debitorem in ſolidum, beneficium excuſſionis amittit, ibid.c.54
Confiſcatis bonis principalis debitoris cõueniri non poteſt fideiuſſor, antequam fiſcus fuerit conuentus, ibid.c.55
Excuſſio principalis debitoris ſi facta ſit, & eo reperto nõ ſoluendo actũ ſit aduerſus fideiuſſorem, cęterum pendente iudicio debitor factus fuerit ſoluẽdo, poteſt à fideiuſſore opponi creditori exceptio iſta vt prius agat contra debitorem, ib.c.56
Fideiuſſor iudicatum ſolui in prima inſtantia datus, non tenetur ex ſententia lata à iudice appellationis, ibid.c.57
Fideiuſſores dotium ne quidem marito volente dari poſſunt, ibid.c.76
Excuſſio debitoris principalis requiritur, antequam hypothecaria contra poſſeſſores agatur, quando res ſpecialiter ſunt hypothecæ ſuppoſitæ, ibid.c.105
Fideiuſſor ſub certa pœna de præſentando reum, in pœnam incidit quando reus ob aliam cauſſam accuſatus quidẽ, ſed nondum condemnatus eſt, l.9.c.75
Fideiuſſor qui promiſit reũ præſentare ſub pœna, toties quoties à iudice fuerit requiſitus, pœnam non incurrit ſi reus in carcerem coniectus aufugiat, ibid.c.76
Fideiuſſor qui intra certum tempus ſub pœna promiſit reum præſentare iudici, incidit in pœnam ſi non præſentauerit, etiamſi interpellatus non fuit, ibid. c.77
Fideiuſſor de reo præſentando toties quoties fuerit requiſitus, bina præſentatione facta non liberatur, ibid.c.78
Excuſſio principalis debitoris requiritur etiam cum quis agit hypothecaria contra poſſeſſorem rei ſpecialiter obligatæ, l.10.c.10
Singularis quædam obſeruatio de fideiuſſore adhibendo in contractu cenſuali, ibid.c.64
Fideiuſſor facta prorogatione tẽporis debitori principali à creditore, liberatur quoties tempus præfixum eſt obligationi ſecus ſi præfixum ſolutioni, l.12.c.30
Qui promiſit dare fideiuſſorem liberatur præſtando cautionem iuratoriam, ſi vel impoſſibilitas adeſt, vel magna difficultas fideiuſſorem dandi, ibid.c.63

De nouat. & deleg.

SI debitori meo iuſſero vt pecuniam tibi det, ille vero tibi nõ dederit ſed promiſerit, non teneris mihi eam reddere, ſed actionẽ mihi cedendo aduerſus meum debitorem liberaris, l.2.c.74
Debitor ex delegatione facta liberatur, nec amplius conueniri poteſt, etiamſi delegatus debitor ſoluendo non ſit, ibid. c. eod.

In caſibus quibus olim fiebat ipſo iure nouatio, hodie ope exceptionis non introducitur. Ad interpret. l. vlt. C. hoc tit. l.3.c.91

Nouatio etiam probabilib. argumentis & coniecturis inducitur, ibid.c.92

Principalis ſtipulatio non nouatur ex ſubſequenti ſtipulatione pœnali, ibid.c.93

Is qui ceſſit creditori ſuo actiones aduerſus debitorem, non poteſt ipſum ceſſum debitorem liberare, licet ipſe debitor factā ceſſionem nōn ignorauerit, Ad interpret.l.3.Cod.h.t. ibid.c.94.

De ſolut. & liberat.

SOlutio debiti ex temporis diuturnitate non præſumitur, l.13.c.87

Debitor qui trium annorum proximorum apochas habet præſumitur ſoluiſſe omnes præteritos annos. Ad interpretat.l. quicunque C. de apochis, ibid. c.89.

LIB. XLVII. DIGESTORVM.

De furtis.

STante ſtatuto quo fur pro tribus furtis ſuſpendi iubetur, ſi committat vnum tantum furtum quantumuis magnum, tamen eadem pœna non eſt plectendus, l.9.c.91

Fures qui de ſe confeſſi ſunt, de ſocijs & receptatoribus interrogari non poſſunt: ſecus in latronibus, ibid. c.92

De iniurijs & famoſ. libell.

ACtio iniuriarum ex lege Cornelia deſcedens non annalis eſt, ſed perpetua, l.9.c.7

Annus quo iniuriarum actio finitur incipit ex die ſcientiæ, eſtque non continuus ſed vtilis, ibid.c.8

Iniuria per ſcripturam facta poſt annum actione propoſita vindicari de iure Ciuili non poteſt, ibid.c.9

Veritas conuicij iniuriantem à pœna excuſat, ſi Reip. interſit crimen ſciri atque innoteſcere, aliàs ſecus, ibi.c.10

Si libello famoſo crimen alicui verum obijciatur, quod publicè expediat notum eſſe, is qui libellum infamandi cauſa ſcripſit, capitali pœna afficiendus non eſt, ibid,c.11

Licet verbis prouocato reſpondere conuicium falſo dicenti: Tu mentiris, ibi.c.12

Excipiens contra teſtes in iudicio, quod ſint falſarij, improbi, criminoſi, &c. & non probans, actione tamen iniuriarum non tenetur, ibid.c.13

Pater poteſt iniuriam filiofam. factam eo inuito remittere, pro quā tantum actio Prætoria competit, ſecus ſi ex lege Cornelia deſcendat, ibid.c.42

Iudex non tenetur actione iniuriarum ſi aliquem iniuſtè in carcerem coniecerit: ſed aliter tamen ſuperioris iudicis arbitrio puniendus eſt, ib.c.57.

LIB. XLVIII. DIGESTORVM.

De public. iudic.

IVdex ex officio, tam iure ciuili quam Canonico, in delinquentes inquirere & eos punire poteſt, l.1.c.34

De accuſationib.

DEfuncto delinquente ante ſententiam, confeſſo tamen & conuicto de crimine, contra ſucceſſores eius bona confiſcari non poſſunt, l.9.c.37.

De cuſtod. & exhibition. reor.

EFfringens carcerem mortis pœnam incurrit, l.9.c.64

Fugiens effracto carcere delictum fateri nō videtur, neque tanquam confeſſus eius criminis ob quod incarceratus eſt, condemnandus, ibid.c.65.

Nulla eſt, vt vulgo putatur, controuerſia in l.1.De effract.& l.1.D. hoc tit. nam altera ait puniendos eſſe, altera genus pœnæ declarat, ibid.c.66

In pœnam conſtitutam illis qui fracto carcere euadunt, etiam incidunt ij, qui in palatio aut alio certo loco detenti, oſtio perfracto effugiunt, ibid.c.67

Fideiuſſor de tuto carcere, vt vocant, ſub pœna, non incidit in pœnam ſi principalis aufugiat, eo in caſu quo iniuſte detinebatur, ibid.c.68

Eximens iuſte detentum in carceribus ex cauſſa criminali, eadem pœna erit afficiendus qua is qui detinebatur, ibi.c.69.

Exie-

Eximens iniuſte captum vel in carceribus detentum, puniendus non eſt, ſi ille quẽ exemit, capi vel in carcerem duci non potuit, vel ob iudicis incompetentiam vel aliam cauſſam; alias ſecus, ib. c. 70

Pœna fracti carceris non tenetur is qui iniuſtè coniectus in carcerem fuit, ſi videlicet non ſeruato iuris ordine fuerit captus, aut mortem probabiliter metuat, ibi. c. 71

Sola effractura carceris etiam ſine conſpiratione, pœna capitis coercenda eſt, ibi. cap. 72

Lictores qui ex mandato iudicis aliquem iuſte capiunt, poſſunt reſiſtentem impunè occidere, cum moderamine tamen inculpatæ tutelæ, ibi. c. 73

Non licet lictoribus publicis vulnerare vel occidere malefactorem fugientem ne capiatur, quamuis aliter eum capere non poſſint, ib. c. 74

Ad L. Iuliam maieſtat.

Pœna aduerſus reos maieſtatis inſtituta locum non habet in eos qui Principes inferiores offendunt, li. 9. c. 32

Ob crimen læſæ maieſtatis memoria defuncti damnari tantum poteſt, cum quis contra Imp. vel Remp. hoc eſt Romanum Imperium aliquid animo hoſtili machinatus fuerit, ib. c. 33

In caſibus quibus ob crimen læſæ maieſtatis defuncti memoria damnari non poteſt, neque bona publicari poſſunt, ibi. cap. 34

Ob crimen læſæ maieſtatis ipſo iure bona non confiſcantur, ib. c. 35

Hæreditates quæ filijs rebellium deferuntur fiſco non applicantur, ſed proximioribus ab inteſtato venientibus, ibi. c. 36

Sciens coniurationem contra Principem vel Remp. tenetur eam denunciare, ſed non accuſare quos reos eſſe nouit, niſi hoc probare poſſit, ibi. c. 86

Ad leg. Iul. de vi publ.

Confiſcata bona raptoris mulieri raptæ non ſunt applicanda, ſi matrimonium cum eo contraxerit, ne quidem de iure Canonico, l. 3. c. 46

Pœna ſtupri violenti capitalis non eſt, ſed noſtris moribus arbitraria, l. 9. c. 101

Vis publica eſt cum quis aliquem in loco publico armatus aggreditur, ib. c. 102

Hæc duo ſimiliter tractantur, lib. 10. cap. 5. & 6

D. ad L. Cornel. de ſicar.

Mandans hominem vulnerari expreſsè prohibendo & proteſtando ne occideretur, mandatarius verò eum occiderit; mandans pœna legis Corneliæ non tenetur, li. 1. c. 36

Qui hominem occidit; (puta Titium) cum alium (puta Sempronium) occidendi animum haberet, pœnam legis Corneliæ de homicidio incurrit, ib. c. 37

Lictores, qui ex mandato iudicis aliquem iuſtè capiunt, poſſunt reſiſtentem impunè occidere; cum moderamine tamen inculpatæ tutelæ, l. 9. c. 73

Non licet lictoribus publicis vulnerare vel occidere malefactorem fugientem ne capiatur, quamuis aliter eum capere non poſſint, ib. c. 74

Homicida ex propoſito & animo deliberato, non gaudet immunitate eccleſiaſtica, ſi ad eccleſiam confugiat. ib. c. 93

Pœna abacti partus capitalis eſt ſi fuerit animatus; alias non, ib. c. 100

Idem tractatur, l. 10. c. 4

Stante ſtatuto vt homicida capite plectatur, niſi pacem habuerit ab hæredibus occiſi, ſufficit habere pacem à maiore parte hæredum; niſi aliquod præiudicium recuſantium adſit, li. 10. c. 58

D. ad L. Cornel. de falſis.

In accuſatione vel inquiſitione de crimine falſi; neceſſe eſt locum & tempus commiſſi delicti adiicere, l. 9. c. 14

Inſtrumentum ſi falſum eſſe probetur in aliqua parte, nõ præſumitur eſſe falſum in totum; niſi ſit talis falſitas quæ per ſe totam fidem inſtrumento adimat, ibid. cap. 79

D. ad L. Iuliam repetund.

RECtoribus prouinciarum aliquid donari poteſt remunerationis loco, propter beneficium præſtitum ante adminiſtrationem, li.2.c.81

De requirendis reis & abſentibus damnandis.

COndemnatus in contumaciam vigore ſtatutorum quibus contumax in delictis pro confeſſo & conuicto habetur, ad nouas defenſiones non prius erit admittendus, quam ſi Princeps illo reſcripto fieri iuſſerit, l.9.c.39

Stante ſtatuto quod contumax in delictis pro confeſſo & conuicto habetur, vt condemnari poſſit indicia legitima ad inquirendum ſufficiunt, ibi.c.40

Etiam minor 25.annis comprehenditur ſtatuto, quo cauetur vt contumax in delictis habeatur pro confeſſo & conuicto & condemnetur, ib. c.41

De quæſtionibus.

REus tormentis ſubiectus, & conſtanter negans maleficium à ſe commiſſum eſſe debet abſolui, rebus tamen (vt Pragmatici loquuntur) ſic ſtantibus, lib.1.c.33

Tortura purgat veras & legitimas probationes, l.9.c.6

Sola inimicitia cum occiſo non eſt ſufficiens indicium ad torturam, ibi.c.82

Mendacium rei examinati an ſit ſufficiens indicium ad torturam iudicis arbitrio committitur, ibi. c.89

Aſſertio vulnerati in articulo mortis, non facit indicium ad torturam, ibi.c.90

De pœnis.

CVM criminibus variæ atque diuerſæ pœnæ, alijs atque alijs legibus conſtitutæ ſunt, ea pœna erit imponenda quæ poſteriore lege continetur, l.9.c.1

Fur puniri non debet ſi alicubi inueniatur cum rebus ſubtractis, ſed ad locum delicti remittendus eſt, ib.c.19

Poteſt magiſtratus inquirere de crimine eius, qui ſubditus eſt ratione originis vel domicilij, alibi tamen commiſſo, ibid. cap.20

Magiſtratus loci domicilij, qui reum criminis condemnauit, non tenetur eum remittere ad magiſtratum eius loci, in quo delictum fuit commiſſum, vt ibi puniatur, ibi.c.21

Remiſſio delinquentis ad iudicem loci vbi delictum commiſit, poteſt fieri ac peti à iudice qui nullam in reum habet iuriſdictionem, vbi omnes iudices ſunt ſub eodem Principe, ibi. c.22

Remiſſio delinquentis facienda eſt, etiam cum iudex requirens petenſq; remiſſionem, & iudex requiſitus, diuerſi ſunt imperii & principatus, ibi. c.23

Vagabundus debet remitti ad locum delicti, ib. c.24

Mandans delictum fieri non eſt puniendus in loco in quo mandatum dedit, ſed vbi delictum à mandatario eſt commiſſum, ibi. c.25

Poteſt quilibet iudex qui de crimine cognoſcendi & puniendi poteſtatem habet punire teſtem coram ſe falſa deponentem, ſecus ille qui reſtrictam circa crimina coercenda iuriſdictionem habet, ibi.c.26

Clericus falſum teſtimonium dicens coram ſeculari iudice, ab eodem puniri nequit, ibi.c.27

Clericus qui dimiſſo habitu clericali immiſcet ſe enormitatibus, tamen à ſeculari iudice puniri non poteſt, niſi à Prælato ſuo ter fuerit admonitus, ibid.c.28

Clericus propter enormiſſimum crimen degradandus eſt & tradendus Curiæ ſeculari, ſi ſit incorrigibilis, ibi.c.29

Vſurarium crimen non eſt merè eccleſiaſticum, ſed mixti fori, ibi. c.30

Clerico & Laico ſimul crimen committentibus, non erunt ab eccleſiaſtico iudice ambo puniendi & iudicandi, ſed quilibet à ſuo iudice, ib.c.31

Vbi à patrato ſcelere multum tempus intercor-

terceſſit, pœna erit minuenda in delictis momentaneis, ſecus autem in ſucceſſiuis. Ad interpretat. l.25. hoc tit. ibidem cap. 38

Iudex cuius arbitrio pœna remiſſa eſt, mortis quoque pœnam imponere poteſt, cum delicti atrocitas hoc poſtulauerit, ibid. c.45

Plura delicta eiuſdem generis eodem tempore commiſſa (puta plures percuſſiones) pluribus ſunt coercenda pœnis, ſi lex vel ſtatutum loquatur in rem, veluti ſtatuendo pœnam pro qualibet percuſſione; ſecus ſi in perſonam & ſimpliciter pœnam ſtatuat in percutientem, ibidem cap. 46

In corpus mortuum animaduerti non poteſt, l.13. c.17

Pœna extraordinaria teſtis afficiendus non eſt, cui crimen per modum exceptionis obijcitur, ſi de eo confeſſus vel conuictus ſit, ib. c.43

De bonis damnator.

BONA damnatorum non ſicuti aſcendentibus & deſcendentibus ad tertium vſque gradum ſeruantur, ita quoque fratribus & à latere coniunctis. Ad interpretationem Auth. bona damnatorum. C.h.t. l. 1. c.35

Confiſcatis bonis filijfam: propter delictũ, peculium aduentitium non confiſcatur, ſed patri reſeruatur, li.9. c.47

Si tale ſit peculium aduentitium, vt vocant, filijfam: in quod nullum pater habeat vſumfructum, non tamen venit in confiſcatione bonorum filijfam. excepto crimine læſæ maieſtatis, ibi. c. 48

Caſtrenſe peculium filijfam: in confiſcationem bonorum non venit, ibi. c.49

Publicatis ob delictum patrisfam bonis, vſusfructus, quem habet iure patriæ poteſtatis in bonis filij, non publicatur, ſed ad filium redit & cum proprietate conſolidatur, ſi maximam vel mediam capitis deminutionem paſſus ſit, ſecus ſi non patitur talem, nam tunc confiſcatur ibid. c.50

In bonorum confiſcatione ob delictum ſecuta, bona futura comprehenduntur ſi deportatus fuerit condemnatus; ſecus ſi tantum relegatus, ibi. c. 51

Stante ſtatuto quo pater tenetur ex delicto filij condemnati, vſque ad legitimam portionem, non procedit cum filius in contumaciam condemnatus eſt, ibidem cap. 52

Emphyteuſis eccleſiaſtica quæ ex pacto tranſire poteſt ad hæredes extraneos, venit in bonorum confiſcationem; ſecus ceſſante pacto, ibi. c.53

Confiſcatio bonorum ob delictum, exceptione præſcriptionis viginti annorum oppoſita vitari poteſt. ibi. c.54

Maleficorum bona non ſunt confiſcanda, ſi aſcendentes vel deſcendentes vſque in tertium gradum relinquant; niſi hæretici ſint obſtinati & non pœnitentes, ib. c.87

De ſentent. paſſis & reſtitut.

REStitutus à Principe non recuperat fructus medio tempore ex bonis ſuis à Fiſco perceptis. li. 1. c.38

Reſtitutus à Principe recuperat hæreditatem alteri delatam. ibi. c.39

Gratia delinquenti à Principe conceſſa, non extenditur ad bona confiſcata, niſi ſpeciatim expreſſum ſit, l. 9. c. 17

Reſtitutus in integrum ex gratia Principis, precium bonoram à fiſco alienatorum recuperat, ib. c.18

LIB. XLIX. DIGESTORVM

De appellat. & relation.

APpellare non licet à ſententia iudicis qua pronuntiat ſententiam exequendam eſſe, quando ſcilicet agitur de mero executore, cuius officium ſit in exequendo: ſecus ſi de mixto qui cognitionem executioni præmittere debet, l. 1. c.74

Tam iure ciuili quam Canonico in cauſis poſſeſſorijs appellare licet, ſed tamen executio rei iudicatæ non ſuſpenditur, ibi. c.75.

A ſen-

A ſententia, per quam hæres in teſtamento inſtitutus, in poſſeſſionem bonorum hæreditatis mittitur, appellatio non eſt permiſſa: nec quo ad effectum ſuſpenſiuum nec quoad effectum deuolutiuum, ibid.c.76

Appellatio in cauſa alimenrorum licita non eſt quoad effectum ſuſpenſiuum, ſecus quoad deuolutiuum, ib.c.77

A ſententia iudicis ſubdelegati, iure ciuili appellandum eſt ad ſubdelegantem; iure vero Canonico ad delegantis ſuperiorem, id eſt, ipſum delegantem primum. Ad conciliationem l.1.§.D.qui & à quib appellar. & l.1. C.qui pro ſua iuriſdict. ibid.c.78

Sententia à qua appellatum eſt, elapſo primo anno executioni mandari poteſt, nec expectandus eſt lapſus biennij; niſi iuſtum allegetur ac probetur impedimentum, propter quod cauſſa appellationis expediri non potuerit, ibi.c.79

Iudex tenetur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria, ibidem cap.80

Appellans probare debet ſe iuſte appellaſſe & perperam fuiſſe iudicatum, ſi non habeat pro ſe intentionem fundatam; alias appellato contrarium incumbit, ib.c.81

Tertius comparens, puta venditor accedens ad defenſionem emptoris, poteſt appellare, ſi ipſe emptor à ſententia contra ipſum lata non appellet, l.11.c.5

De iure Fiſci.

Fiſcus ſuccedens in bona vacantia tenetur legata & fideicommiſſa præſtare teſtamento vel codicillis relicta, l.6.c.22

Fiſcus non reſtituitur in integrum ſicut minores 25.annis, l.9.c.80

Neque in pœnalibus reſtituitur, ibi.c.81

LIB. L. DIGESTORVM.

De muneribus.

Pater duodecim liberorum ab oneribus patrimonialib. excuſationem non habet, li.3.c.49

De pollicitation.

Promiſſio facta præſenti & tacenti in eius commodum, non eſt pactum ſed pollicitatio, l.8.c.64

Sciens & patiens aliquid fieri quod impedire poteſt, videtur conſentire, lib.13. cap.50.

FINIS DIGESTORVM.

Ad Codicem.

LIB. I.

C. de ſumma Trinitat.

LEX Inter claras. hoc tit. continens epiſtolam Pontificis ſuppoſititia non eſt. contrà Hotrom. lib.8.c.1

De Sacroſanct. Eccleſ.

LEx vlt. C. hoc tit. non continet (vt Dd. [illegible] putant) tria priuilegia, nimirum [illegible] annorum, item [illegible] abſque traditione in rebus [illegible] vel donatis eccleſiæ. ciuitatibus, captiuis, pijſque locis, & denique tacitæ hypothecæ, ſed vni[illegible] duntaxat priuilegium centenariæ præſcriptionis conceditur, l.8.c.37

In Eccleſiam, pias cauſas ac ciuitates, quibus hæreditas per fideicommiſſum reſtituenda eſt, iura non tranſeunt abſque verbali & reali reſtitutione, ibi.c.38

Vnuſquiſque idoneus ad teſtandum, ſiue non, bona ſua Eccleſiæ legare vel relinquere poteſt, ſi teſtamento ſolennia fuerint adhibita, quod vnum tamen de iure

iure Canonico non requiritur. Ad interpte l. 1. hoc tit. ibi. c. 39

LIB. II. COD.

De dolo malo.

PATRIS dolus ex propoſito non interuenit iu caſu l. ſi ſuperſtite, hoc tit. lib. 10. cap. 14

LIB. III. COD.

De plus petition.

PEtenti debitum ante diem, totius temporis quod debitori conceſſum eſt, induciæ duplicantur. l. 13. c. 70

LIB. IV CODICIS.

De non numerat. pecun.

EXCEPTIO non numeratæ pecuniæ iure ciuili poſt biennij lapſum opponi non poteſt, li. 2. c. 82

Ne quidem iure Canonico poſt biennij lapſum hæc exceptio opponi poteſt, dūmodo mala fides abſit, l. 2. c. 83

Exceptio non numeratæ pecuniæ etiam locum habet, vbi quis ante chirographum confeſſionis ſe pecuniam accepiſſe profitetur, ibi. c. 84

Si lege municipali cautum ſit certas duntaxat exceptiones contrà inſtrumentum opponi poſſe, nihilominus exceptio non numeratæ pecuniæ opponi poteſt, ibi. c. 85

Hæc exceptio eodem modo conceditur ei qui teſtibus præſentibus confeſſus eſt ſe pecuniam accepiſſe, quo ſe chirographo obliganti & confitenti concedi ſolet; ita tamen vt debitori onus probandi incumbat, pecuniam numeratam non fuiſſe ib. c. 86

Exceptioni numeratæ pecuniæ etiam inter mercatores locus eſt, ib. c. 87

Si iuramentum acceſſerit obligationi, abſolutio non eſt neceſſaria, vt hæc exceptio poſſit opponi, ib. c. eod.

Ex chirographo confeſſionis, poſt biennium & ciuilis & naturalis obligatio oritur, ante biennium ciuilis tantum, ib. cap. 88

Ciuitati perpetuo datur exceptio non numeratæ pecuniæ, ib. c. eod. & l. 13. c. 26

LIB. V. CODICIS.

C. de naturalibus liber.

FIlius in dubio ſemper præſumitur eſſe eſſe legitimus; vnde ex cohabitatione viri & mulieris matrimonium præſumitur, ad hunc effectum vt filij habeantur pro legitimis, l. 3. c. 35

Filius in dubio præſumendus eſt naturalis, hoc eſt natus ex concubina, non vero ſpurius, hoc eſt natus ex coitu damnato & punibili, ibi. c. 43

Ad legitimationem filiorum per ſubſequēs matrimonium, neceſſe non eſt vt matrimonium inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis, ſed ſufficit ſi natiuitatis tempore contrahi poterat, ibi. c. 50

Filij per ſubſequens matrimonium, etiam abſque dotalibus inſtrumentis legitimantur, ib. c. 51

Filij eorum quoque quorū parens fuit clericus in minoribus ordinibus conſtitutus, eccleſiaſtica beneficia habens, per ſubſequens matrimonium legitimantur ib. c. 52

Si matrimonium honeſte contrahi non poterat inter virum & mulierem, quia videlicet erat illa minus digna & nobilis, filij nihilominus per ſubſequens matrimonium legitimi efficiuntur, ibidem cap. 53

Conſenſus ipſorum filiorum requiritur; vt per ſubſeqnens matrimonium euadant legitimi, ibi. c. 54

Filij, ſi nati ſint ex ijs inter quos matrimonium contrahi non poterat, puta ex ſoluta & coniugato, altero tamen ignorante & in bona fide exiſtente, per ſequens matrimonium non legitimantur, ibi. c. 55

Filio mortuo ante ſecutum matrimonium, ne-

nepotes ex eo legitimantur per matrimonium poſtea contractum, ibidem cap.56

Filius ex coitu damnato & nefario natus, ſi reſcripto Principis legitimetur, abſolutè ac per omnia legitimus efficitur; neque diſpenſatio ſolummodo eſt, ſed vera legitimatio, ibi.c.57

Princeps legitimare nõ poteſt alterius ſubditum, ita vt ſuccedat in ijs bonis quæ ſunt in alieno territorio, etiamſi legitimati pater, alijq; quorum intereſt, conſenſerint, ib.c.58

Filius Clerici legitimari poteſt à Principe Laico, vt in bonis paternis ſuccedat, ibi. cap.59

Legitimatio filij ex geminato adulterio ſuſcepti à Principe impetrata, etiamſi tantum de ſimplici adulterio ipſi conſtiterit nihilominus valida eſt & efficax, ibid. cap.60

Non valet ſpurij legitimatio, vbi ipſa ſpecies ſpurietatis nominatim Principi expoſita non eſt, ib.c.61

Legitimatio fieri debet ſine præiudicio venientium ab inteſtato; hoc eſt, legitimatus non ſuccedit ab inteſtato, ſi liberi, vel collaterales, vel alij coniuncti vſque in infinitum extent, ibi.c.62

LIB. VI. CODICIS.

De bonis quæ liberis &c.

Pater legitimus adminiſtrator bonorum filij aduentitiorum, mouere & excipere actiones poteſt, adhibito tamen conſenſu filij. Ad interp.l.vlt.§. vbi C.hoc tit. li.6.c.39

Paterfamilias abſque decreto Prætoris res aduentitias filij ob æs alienum diſtrahere poteſt, ib.c.40

Filius hæres pro parte matris vendentis rem ipſius, eam vindicare non poteſt pro ea portione, pro qua eſt hæres, lib.10. cap.55

Filij non poſſunt viuente patre bona paterna vel aduentitia alienata à patre reuocare, l.12.c.58

Patre bona ſua diſſipante poteſt filius petere portionem ſibi aſſignari pro alimentis vel pro legitima, ib.c.59

LIB. VII. CODICIS.

De ſentent. quæ pro eo quod intereſt profer.

Id quod intereſt excedere non poteſt duplum pretij conuenti ſcilicet, non autem communis, li.1.c.48

In delictis ſeu obligationibus quæ ex delictis deſcendunt, id quod intereſt ad dupli quantitatem non eſt reſtringendum, ibid.c.49

Pœnæ conuentionales duplum excedere poſſunt, iudicis tamen arbitrio, ne immoderate exigantur, taxandæ, ibi.c.50

FINIS CODICIS.

De Feudis.

Feuda ex Longobardis regibus originem ſumpſerunt, li.7.c.1

Feudum proprie contractus non eſt, ſed impropriè & latè ſumpto contractus vocabulo, ib.c.eod.

Liber quo conſuetudines feudales continentur authenticus eſt, ibi.c.2

Non eſt recipienda diuiſio feudorum, in hæreditaria & ex pacto ſeu prouidentia, ib.c.3

Conceſſio feudi facta alicui & hæredibus, eadem eſt cum ea quæ liberis & deſcendentibus facta eſſet, ibi.c.4

Filius non poteſt patris hæreditatem repudiare, & feudum retinere, idque tam de feudo pro hæredibus conceſſo, quam pro filijs & deſcendentibus accipiendum ſecus autem in agnato, cui alterutrum repudiandi licentia eſt, ibi.c.5

Feudum conceſſum pro hęredibus quibuſcunque

tanque, etiam ad hæredes extraneos & ad fœminas extenditur, ib. c.6

Conceſſio feudalis pro hæredibus maſculis facta, accipitur tantum de filijs maſculis; ſi controuerſia ſit an iſtud feudum ſit ex pacto & prouidentia, ibi. c.7

Pater feudum nouum etiam in præiudicium liberorum alienare poteſt, ib. c.8

Agnatus feudum alienatum mortuo agnato retrahere poteſt abſque reſtitutione precij; eo autem viuente precium reſtituendum, niſi alienationi conſenſerit, ibi. c.9

Agnatus feudum antiquum agnato remotiori alienare non poteſt, in præiudicium proximioris, ibi. c. 10

Ius reuocandi alienationem feudi, competens agnatis proximioribus, tollitur ſpatio triginta annorum, ib. c.11

Si proximior agnatus feudum alienatum ſpatio 30. annorum reuocare neglexerit; eiuſdem feudi poſſeſſor, aduerſus alios agnatos qui poſt illius mortem ſunt gradu proximiores, præſcriptione tutus non eſt, ib. c.12

Agnatus qui eſt hæres alienantis feudum antiquum, reuocare illud non poteſt, ſi nullum confecerit inuentarium, neque ſi confecerit quatenus ſe vires hæreditatis extendunt, & ſi æſtimatio illius vires bonorum hæreditariorum non excedit, ib. c.13

Emptori qui ignorauit rem feudalem eſſe, aduerſus hæredes alienantis actio de euictione concedenda eſt, ſecus ſi ſciuerit feudum eſſe, ib. c.14

Et in hoc caſu ſi ſcienti emptori de euictione promiſſum ſit, agi ſaltem ad precij reſtitutionem poteſt: alias ne quidem ad precium actio dabitur, ib. c. eod.

Agnatus ex iure retractus, vt vocant feudum antiquum alienatum ab agnato, cum conſenſu domini, eo viuente precio ſoluto reuocare poteſt intra annum, ſi modo alienationi non conſenſerit, ibi. c.15

Agnato, ſi feudum alienatum dixerit ſe nolle emere, ius retractus non competit, ibid. c.16

Si proximior agnatus vti nolit iure retractus, ſequens in gradu eo vti poterit, ibi. cap.17.

Filius antiquum feudum à patre conſenſu domini alienatum, poſt mortem ipſius patris reuocare non poteſt, ſi hæres ſit; alias ſecus, ibi. c.18

Filius feudum à patre alienatum, eo viuente precio reſtituto redimere nequit, ibi. cap.19.

Publicatis bonis vaſalli propter delictum ab eo commiſſum, feudum non ad fiſcum, ſed ad dominum vel agnatos reuertitur, ib. c.20

Vaſallo delinquente extra perſonam domini, feudum ad agnatos pertinet, neque eos tantum qui ſunt in quarto vel vlteriore gradu, ſed etiam ad proximiores & in ſecundo vel tertio gradu exiſtentes, ibi. c.21

Vaſallo delictum committente aduerſus dominum, feudum non aperitur agnatis, ſed domino, ib. c.22

Delictum vaſalli filijs in feudo nocet, ſi tale ſit commiſſum propter quod nominatim & principaliter ex iure feudali, vaſallus feudo priuari debeat, ib. c.32

Feudum à vaſallo alienatum abſque domini conſenſu, non agnatis aperitur, ſed domino, ib. c.24

Si vaſallus intra annum & diem non petierit inueſtituram, feudum non ad agnatos, ſed ad dominum pertinet, ibidem cap.25

Gradus ſuccedendi in feudo connumerandus non eſt ſecundum ius ciuile, ſed Canonicum, ibi. c.26

Agnati in feudo ſuccedunt non tantum vſque ad ſeptimum gradum, ſed vſque in infinitum, ibid. c.27

Feudum nondum apertum ante mortem ipſius vaſalli, eoque irrequiſito, à domino alteri poteſt concedi, ſub conditione ſcilicet ſi contingat feudum vaſallo mortuo ad dominum reuerti, ibid. cap.28

Si à domino pure concedatur omiſſa ſupradicta conditione, conceſſio non valet, ibid. c. eod.

Si vaſallus viuens & feudum poſſidens, liberos habeat ac ſucceſſores, facta ſub tali conditione conceſſio nullius eſt momenti & efficaciæ, ib.c.eod.

Succeſſor Epiſcopi inveſtientis aliquem de feudo alterius vaſalli viuentis,etiam cum conſenſu Capituli ſub conditione illa ſi feudum ſibi fuerit apertum,non tenetur ratam habere inueſtituram ſi Epiſcopus ante vaſallum qui feudum poſſidebat, deceſſerit, ibi.c.29

Si ille qui inueſtituram acceperit, nomine eius feudi in poſſeſſionem miſſus ſit, eo conſentiente qui detinet, Epiſcopus ratum debet habere factum ſui prædeceſſoris,vt illi poſt mortem vaſalli nunc feudum poſſidentis, ius in feudo acquiratur, ibi.c.30

Epiſcopus rem in feudum dari ſolitam & ad ſe deuolutam, conſanguineis ſuis in feudum dare poteſt, ſi cum vtilitate Eccleſiæ conceſſio fiat, ibi. c.31

Ex duobus inueſtitis de feudo ab alio quam à Principe,præfertur is cui priori tradita eſt feudi poſſeſſio,licet poſterior inueſtitus ſit, ibi.c. 32

Idemque in duobus à Principe feudo inueſtitis obtinet; niſi princeps (ſcilicet ſupremus) dominium abſq; traditione transferri velit, ib.c.33

Surdus,mutus, cœcus, vel alias imperfectus feudum capere nonnullis caſibus ac retinere poteſt,quibuſdam verò minimè ibid. c.34

Clericus feudum obtinere poteſt, ſi dominus conſentiat & contentus ſit, vt per ſubſtitutum ſeruiat, nec de alterius præiudicio, puta agnatorum,agatur, ibid. cap. 35

Equites Hieroſolymitani & alij ſimiles, qui ſacro ordini militum nomina dederunt, in feudis ſuccedere non poſſunt; niſi ijs modis & caſibus quo Clerici, ibi. cap. 36

Fœmina in feudo emptitio non ſuccedit, ibid.c.37

Fœminæ in feudo fœmineo ſuccedunt, ibid.c.38

Fœmina in feudo Franco ſuccedit, ſi iuramentum fidelitatis non ſit præſtandum, alias ſecus, ib.c.39

Fœminæ non ſuccedunt in feudo in quò iuramentum fidelitatis eſt præſtandum, & debet ſolui annuus cenſus, vel aliud præſtari ſeruitium,quod etiam fœmina præſtare poſſet, ibi. c. 40

Fœmina ſemel admiſſa non excluditur à maſculo poſtea nato, ibi.c.41

Si feudum quis acquiſiuerit ſibi & ſuis hæredibus vtriuſque ſexus, fœminæ ſimul cum maſculis non ſuccedunt,ſed illis deficientibus, ibi.c.42

Si feudum acquiſitum ſit pro maſculis cum fœminis,nec tamen fœminæ vna cum maſculis ſuccedunt, ibi.c.43

Maſculus exiſtens in gradu remotiori lineę diuerſæ, fœminam à ſucceſſione feudi excludit, in proximiori gradu eiuſdem lineæ exiſtentem, vbi feudum acquiſitum eſt pro hæredibus maſculis & fœminis, ib.c.44

Fœmina ſemel à feudi ſucceſſione per maſculos excluſa,perpetuò excluſa cenſetur, ibi.c.45

Legitima filiarum ex feudo hæreditario, quod ſibi ſuiſque hæredibus acquiſitum eſt,ac tantum maſculis, non verò fœminis patet,detrahenda non eſt;ſecus ſi feudum fuerit tale quod ad omnes hęredes,maſculos & fœminas, imo etiam extraneos tranſit, ibid. c. 46

Si feudum à patre emptum ſit, ex eo filiarum (quæ in paterna hæreditate vna cum filijs ſuccedere poſſunt) legitima detrahi debet,quando nimirum omnia patris bona in feudis conſiſtunt, vel licet non omnia, ſaltem tot ac tanta vt fere nihil ſuperſit ex quo filiæ alimenta, & legitimam conſequantur, ibidem cap. 47

Feudum emptitium, filijs ſuccedentibus in hæreditate patris vna cum ſororibus, conferendum non eſt, ibidem cap. 48

Neque feudum emptum quod ad primogenitum ſpectat,cum alijs fratribus conferendum eſt, ibid.c.eod.

Filius naturalis poteſt legitimari, vt ſit

ſit capax feudi & in eo ſuccedat, etiam abſque conſenſu domini ipſius feudi: ſi videlicet legitimatio ex iuſta cauſſa fiat, vnde publica vtilitas emergat, ib.c.49

Non poſſiint filij naturales, viuente adhuc patre reſcripto Principis legitimari, vt in feudis ſuccedant in præiudicium agnatorum, quibus ius quæſitum ex antiquis inueſtituris, ibid.c.50

Legitimati per ſubſequens matrimonium ſuccedunt in feudo quod conceſſum eſt filijs ex legitimo matrimonio natis ſiue deſcendentibus,. ibid.c.51

Si vaſallus feudum habens alium ſubinfeudauerit, ac etiam abſq; conſenſu domini (quod vtique licet) recte & legitime, bona fide ac ſine fraude: deinde mortuus fuerit ſine liberis, feudum non reuertetur ad dominum, ſed tenebitur dominus ſubinfeudatum, qui ei ſeruire velit, inueſtire, ibid.c.52

Subuaſallus feudum alienare volens, conſenſum requirere debet domini ſui immediati ſeu inferioris, non vero mediati ſuperioris, ibid. c.53

Si plures ſucceſſores ſint in feudo omnes fidelitatẽ domino iurare debent ſiue feudum fuerit diuiſum ſiue indiuiſum: niſi vni tantum ex diuiſione obuenerit, ibid. c.54.

Si dominus feudi deceſſerit relictis plurib. ſucceſſoribus, vaſallus tenetur omnibus præſtare iuramentum fidelitatis, ſed vnũ ſolummodo ſeruitium,. ibid.c.55.

Si vaſallus cum conſenſu domini feudum creditorib. ſuis obligauerit, deinde nullis deſcendentibus relictis deceſſerit, dominus ad quem feudum reuertitur, creditoribus ſatisfacere tenetur, ib.c.56

Conſenſus præſtitus à domino feudi oppignorationi à vaſallo factæ, ad vſuras & ad id quod intereſt quoque extenditur,. ibid.c.57

Feudum nouum conceſſum iure antiqui feudi, naturam feudi antiqui non aſſumit, ibid.c.58

Feudum an in dubio nouum vel antiquum pręſumatur, pendet ex probationibus vtrinque factis: quibus deficientibus ab vtraque parte iureiurando delato cauſſa decidenda eſt, ibid.c.59

Vaſallus renunciare poteſt feudo in manibus domini etiam inuiti, ſi domini non interſit, quia ſcilicet non ſit intempeſtiua renunciatio, ibid.c.60

Feudum quoad dominium directũ in præiudicium domini, longiſſimo tempore, id eſt 30. vel 40. annorum, non pręſcribitur,. ibid.c.61

Filij fratrum in feudo ſuccedunt in capita, non in ſtirpes,. ibid. c. 62

Ius accreſcendi locum non habet in feudo nouo à Principe conceſſo. ibid.c.63

Neque in feudo quod duobus ſimul conceſſum eſt, & cuiuslibet eorum deſcendentibus, ibid.c.64

Meliorationum & ſumptuum in rem feudalem factorum à vaſallo (puta ſi domũ ædificaſſet) feudo ad dominum reuerſo, ratio habenda eſt, ad eum modum, vt ſi dominus ſit diues precium meliorationis & æſtimationis ſoluendum ſit, ſin vero pauper, debeat pati ædificium tolli, vel ſoluere precium ipſorum ruderum,. ibid.c.65:

Epiſcopus ſolus abſque conſenſu capituli,. rem ad ſe reuerſam & infeudari ſolitam, in feudum dare poteſt: ſi non ſit communis cum capitulo: alias ſecus, ib.c.66.

Vt res dicatur ſolita in feudũ dari, & quod tempus ad hoc requiratur, iudicis arbitrio committendum, vel ſaltem curriculo 40. annorum opus eſt,. ibid.c.67

Actus ad inducendam infeudandi conſuetudinem requiſiti, iudicis arbitrio relinquuntur: ſi tamen res ſemel ſolenniter in feudum fuerit data, poterit res ad dominum reuerſa rurſus in feudum dari,. ibid.c.68.

Princeps caſtrum cum iuriſdictione in feudum concedens, etiam cũ mero & mixto imperio concedere videtur, ibid.c.69

Si vaſallus de caſtro inueſtitus ſit à Principe, cum iuriſdictione meroq; & mixto imperio, ius tamen confiſcandi non habet, id eſt, emolumentum & compendium pœnæ confiſcationis, ibid.c.70

Res eccleſiaſtica in feudum dari ſolita & ad

ecclesiam reuersa, nunc censetur esse facta de mensa ecclesiæ, ad hunc effectum vt deinceps infeudari nequeat, nisi solennibus adhibitis, cum per contrariam consuetudinem in feudum dari desierit, & solita longo tempore fuerit à Prælato retineri ibid.c.71

Prælatus ecclesiæ decimas ad ecclesiam reuersas & ante concilium Lateranense concedi solitas, laicis in feudum concedere non poteſt, ibid.c.72

Feudo ad dominũ reuerso propter lineam finitam, dominus proximioribus agnatis illud concedere non tenetur, ib.c.73

Feudum dare cuilibet rerum suarum domino permiſſum non eſt, ibid.c.74

Filiorũ appellatione in feudis nepotes quoque continentur, ibid.c.75

In feudis alter alteri ſtipulari purè ac ſimpliciter non poteſt, ibid.c.76

Pater vſumfructum bonorum feudalium filij, quem in poteſtate habet, ſibi nõ poteſt vendicare, ſi feudum a Principe filio ſit donatum: quod ſi ab alio res in feudum data ſit, vſusfructus patri quoque non acquiritur, ſi non commodè filius vaſallus domino poſſet inſeruire, carens commoditate vſusfructus: verum ſi poſſet, acquiritur, ib.c.77

Feudum ſine conſenſu domini in dotem dari non poteſt, ibid.c.78

Pater pro filia in dotẽ dare poteſt feudum pro tempore vitæ ſuę inæſtimatum, & ſine pacto de lucrando, ibid.c.eod.

Non poteſt pater feudum in dotem pro filia dare vltra tempus vitæ ſuæ, licet non ſit temporale feudum, ſed perpetuum, ibid.c.eod.

Si pater alia bona non habeat quam feudalia, poteſt ea filiæ in dotem dare, cum conſenſu tamen domini, ibid. c.eod.

Vaſallus abſq; conſenſu domini, vſumfructum feudi alienare non poteſt, ib.c.79

Conſenſus domini, qui requiritur in alienatione feudi, tacitus ſufficit, ſi ſciens & præſens fuerit; alias expreſſus requiritur, ibid.c.80

Vaſallus cui dominus dedit poteſtatẽ feudum alienandi, partem eius alienare nõ poteſt, ibid.c.81

Vaſallus, cui feudum conceſſum eſt pro ſe & quibus dederit, abſque domini licentia illud alienare poteſt, ibid.c.82

Si dominus alienationi feudi ſimpliciter conſentiat, abſq; proteſtatione illa ſaluo iure directi dominij, ſibi quoad directũ dominum non præiudicat, ibid.c.83

Si vaſallus feudum abſque domini conſenſu alienauerit & in continenti recuperauerit, pœnam caducitatis ſiue priuationis non euadit, ibid.c.84

Alienans feudum abſq; licentia domini, cũ clauſula ſaluo iure domini, vel alia cautela, pœnam iure conſtitutam non euadit, ibid.c.85

Vaſallus alienans feudum ſine licentia domini, & conſtituens ſe nomine emptoris illud poſſidere non facta reali traditione, in pœnam nihilominus amiſſionis feudi incidit, ibid.c.86

Vaſallus feudi amiſſione ſeu priuatione dignus non eſt, ſi annuum cenſum domino præſtare ceſſauerit, ibid.c.87

Si vaſallus vltra fines dati feudi aliquid pręſcripſerit, poſtea feudo ad dominum reuerſo, pars alterius præſcripta ad dominum pertinet: quod ſi non vt vaſallus ſed vt extraneus, alio quam feudali titulo præſcripſerit, ſecus eſt, ibid.c.88

Si vaſallus cui datum eſt caſtrum in feudum abſque iuriſdictione, ſuis ſumptibus & induſtria iuriſdictionẽ acquiſiuerit, iure ipſius feudi extincto, caſtrum ad dominum cum iuriſdictione acquiſita non redit, ibid.c.89

Si vaſallus ob culpam feudum amittat, & ad dominium illud reuertatur, nõ amittit quaſcunque meliorationes quæ per ſe conſiſtere non poſſunt, ib.c.90

Si meliorationis ſumptus à vaſallo factus liquidus non ſit, & dominus ei fideiuſſorem dare paratus ſit de ſumptibus ei facta liquidatione ſoluendis, tenetur vaſallus oblatum fideiuſſorem recipere, neque feudum vindicare poteſt, ibid.c.91

Feudum ob meliorationes [illegible] factas vaſallo tacitè obli[illegible]eſt, ib.c.92

Meliorationes [illegible] ſumptus qui vaſallo reſtitui debet,

debet, feudo ad dominum reuerſo, ſecundum æſtimat. onerer præſentis temporis (ſi forte maior æſtimatio eſſet ædificij ac meliorationis, quàm ſumptus à vaſallo factus) reſtituendus non eſt; ſed dominus tantum eatenus tenetur, quatenus eſt expenſum, ibid c.93

Si vaſallus ob crimen aliquod (feloniam appellant) feudo priuandus ſit, fructus ante ſententiam latam perceptos reſtituere non tenetur: niſi ſit in mala fide, ib.c.94

Feudo ob vaſalli mortem ad dominum deuoluto, & mortuo vaſallo ante menſem Auguſti, fructus omnes anni ſequentis ad dominum pertinent, non autem anni quo vaſallus defunctus eſt, ibid.c.95

In pręcedenti caſu fructus nomine, penſiones non continentur, ibid. c.96

Eadem ſupradicta fructuum diuiſio, etiam vaſallo mortuo feudóque agnatis aperto obtinet, ibid.c.97

Laudemium domino ſoluendum non eſt pro conſenſu præſtito alienationi feudi, ibid. c.98

Alienans feudi partem abſq; conſenſu domini, non cadit à toto, ſed à parte duntaxat alienata, ibid.c.99

Quæſtio tam poſſeſſorij quam petitorij inter vaſallos de feudo orta, non coram ordinario iudice, ſed coram domino feudi ventilanda eſt, ibid.c.100

Si quæſtio ſit inter duos de feudo & quilibet dicat ad ſe pertinere, negans alterum ius habere in feudo, cognitio nõ ſpectat ad dominum, ſed ad iudicem ordinarium, ibid.c.101

Pares Curiæ ſunt qui feudum ab eodem domino habent, licet ſint diuerſæ qualitatis & dignitatis, ibid.c.102

Sententia ſuper feudo lata contra vaſallum feudi poſſeſſorem, agnatis nocet qui poſſeſſore mortuo ad feudum vocantur, ibid. c.103

Cum vaſallus ipſo iure feudo priuatur ob feloniam, poteſt dominus, ſi moriatur, eius hæredi feudum adimere, ibid.c.104

Feudi diuiſio fieri poteſt ab vno conſortium, ibid.c.105

Pater vni ex filijs feudum prælegare non poteſt, l.6.c.26

F I N I S.

ANDREÆ FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER PRIMVS.

CAPVT PRIMVM.

Vtrum venatio prohiberi à Principibus poſſit, eorum ſubditis, & de iuſtis cauſis, & pœnis.

VENATIONEM à Principibus prohiberi non poſſe, multa eaque præclara argumenta demonſtrant. Quorum illud primum eſt, quòd ipſa venandi poteſtas, Iure diuino data ſit hominibus, vt habetur Geneſ. 1. [*Faciamus hominem ad imaginem, & ſimilitudinem noſtram, & præſit piſcibus maris, & volatilibus cæli, & beſtijs vniuerſis, &cæt.*] & Geneſ. 9. [*Creſcite, & multiplicamini, &cæt.*] *Terror veſter, ac tremor ſit ſuper cuncta animalia terræ, & ſuper omnes volucres cæli, &cæt.*]

Secundum argumentum, quia, vt Ariſt. *in Politic.* tradit, homini naturaliter conceſſus eſt dominatus in belluas, ideoque eas venando capere poteſt. Et Caius noſter in l. 1. ff. de acquir. rer. dom. [*Quarundam rerum*, inquit, *dominium nanciſcimur Iure gentium, quod ratione naturali inter omnes gentes per æquè ſeruatur.*] & poſt pauca. [*Omnia igitur animalia, quæ terra, mari, cælo capiuntur, id eſt, feræ, beſtiæ, volucres, piſces, capientium fiunt,*] & in l. 3. ff. eod. tit. [*Quod enim nullius eſt*, inquit, *id ratione naturali occupanti conceditur. Nec intereſt, quod ad feras, beſtias, & volucres, vtrum in ſuo quiſque fundo capiat, an in alieno.*] Idem docet Imperator Iuſtinianus *in* §. *feræ igitur in Inſtitut. de rer. diui.* & Iſidor. *in c. ius naturale. 1. diſtinct.*

Tertium argumentum eſt ex l. Iniuriarum 13. §. vltim. ff. de Iniurijs. Vlp. [*Et ſæpiſſimè* (inquit) *reſcriptum eſt, non poſſe quem piſcari prohiberi, ſed nec aucupari, niſi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi poteſt.*

Atque ita reſponderunt Anton. Butr. Hoſtienſ. & Ioan. Andr. *in cap. Non eſt, de Decimis. Dec. in conſil. 197. numer. 1. & 271. num. 1. Iaſ. in conſ 119. lib. 4. Auguſt. Berous in conſil. 81. num. 30. lib. 1. Thom. Grammat. deciſ. 67. num. 9. Bart. Caſſan. in conſuet. Burgundiæ, rub. 13. §. 7. numer. 4. Guil. de Benedict. in C. Rainut. de Teſt. in verbo, Vxorem nomine Adelaſiam, in 5. deciſ. num. 313. Boſſ. in tit. de Regal. num. 42. Purpur. in conſ. 535. & 392. lib. 1. Franciſc. Marc. deciſ. 530. num. 16. in 1. part Tiraq. de Nobil. c. 37. numer. 149. Natta in conſ. 375. Rolan. à Valle in conſ. 9. lib. 2. Hier. Schurph. conſil. 1. cent. 1. Kirchou. com. opi. cent. 4. c. 99. Iacob. Menoch. in conſ. 298. num. 18. lib. 3. Crauet. in conſil. 643. lib. 4. & 945. lib. 5. Iacob. Cuiac. lib. 4. obſeru. c. 4.*

Quibus tamen non obſtantibus eorum ſententiam magis probo, qui exiſtimant Principes, iuſta cauſa ſubſiſtente, venationes prohibere poſſe, quę ſane ſententia non paucos, neque obſcuri nominis authores habet. Inprimis tredecim, quos refert, & ſequitur Didac. Couuarr. *in relectione cap. Peccatum, de Reg. iur. part. 2. §. 8. & præterea Nattam in conſ. 604. Hippolytum Riminal. conſil. 35. numer. 15. lib. 1. & in conſ. 68. numer. 25. eod. lib. Franciſc. Zoanet. ad l. 2. C. de pact. int. emptor. & vendit. num. 145. vſque ad numer. 192. & nouiſſimè Sebaſtianum Mediceum in tractat. de Venatio. Piſcatio. & Aucupio, in 5. q. 1. partis.*

Probatur autem hæc ſententia. Primum ex c. Nemo retia in tit. De pace tenenda, & eius violatorib. in vſibus feudorum. [*Nemo retia*, inquit Freder. Imper. *aut laqueos, aut alia qualibet inſtrumenta ad capiendas venationes tendat, niſi ad vrſos, apros, vel lupos capiendos.*] Quibus verbis patet, venationem à Frederico prohibitam fuiſſe, pacis ſeruandæ gratia: ſicuti annotarunt ibi Mart. Lauden. & cæteri Doct.

Secundò, probatur ex argumento, quo

vſus eſt Couuarr. loco ſuperiùs annotato, [*Licet Iure naturæ, inquit, omnia ſint communia, poſſunt tamen à Repub. & Principibus, qui eorũ, quæ in nullius bonis ſunt, diſpenſationẽ habent, quadam priuatis ita concedi, vt in poſterum, ea priuata, non communia, ſint. §. Singulorum. Inſtit. de rerũ diu. l. 1. ff. de acquir. rer. dom. & ſicut occupatio rerum quæ nullius ſunt priuatim, iure naturali efficit illud, quod prius cõmune erat, proprium ipſius occupantis: ita ipſa Reſpub. eiuſve Rector poterit, quæ cõmunia prius erant, nulliusq; in bonis habebantur, in priuatum, Iure dominij, trãsferre. Iure ſiquidem naturali omnia fuêre ab initio communia, & tamen humana lege facta eſt rerũ diſtinctio inter priuatos: poſt quam diſtinctionem, nõ licet cuiquam occupare diſtinctam rem, & alicui priuatim Lege humana addictã, ſicut eleganter tradit Corrad. De contract. q. 10. & ſeq. His accedit, quod humana Lex vel Princeps facere poteſt, vt dominiũ rei priuatæ, abſq; traditione transferatur in alterum, &c. Ergo earũ rerum, quæ nullius ſunt, & Principis diſpẽſationi ſubiacent, poterit Princeps dominium, abſq; apprehenſione corporali in priuatum transferre. Hinc etiam cõſtat, Principem poſſe harum rerum, quæ communes ſunt, ex cauſa occupationẽ priuatis interdicere, & ſic venationẽ prohibere.*] Hactenus Couuar.

Qui eodem in loco reſpondet ad illud argumentum, quo dicitur venandi poteſtatem iure naturali, vel gentium, hominibus eſſe conceſſam, ac proinde à Principibus prohiberi non poſſe. [*Reſpondetur, inquit, feras, volucres, & cætera animalia Iure naturæ non eſſe communia poſitiuè, & affirmatiuè, quia omnium propria ſint, communis dominij cauſa, ſed negatiuè, quia nullius ſunt, & iure naturali nulli ſint applicata; ſecundùm D. Thom. 1. 2. q. 94. art. 5. Idcirco lex humana poteſt vni potiùs quàm alteri, ex cauſa concedere. Ex quibus infertur, venationẽ iure naturali omnibus permiſſam, ex varijs cauſis poſſe per Principes prohiberi. Hæc denique collectio, ſeu argumentatio parum valida eſt. Hoc iure naturali permiſſum eſt: Ergo per legem humanam prohiberi non poteſt: cùm multa ſint iure naturæ licita, quæ, inſpectu Reipublic. vtilitate, & iuxta æquiſſimum communitatis regimen, per legem humanam prohiberi poſſunt. Quod ſi ita argumentemur. Hoc eſt Iure naturæ prohibitum, ergo lege humana permitti non poteſt, valida omnino eſt, & firmiſſima probat.*] Hęc ferè Couuarr. Ex cuius dictis, clara patet reſponſio ad omnia argumenta prioris ſententiæ. Etſi enim Deus animalia ſubiecerit hominum poteſtati ac imperio, eoſdem tamen homines, Regum & Principum poteſtati ſubiecit: quibus cum iuſta imperantibus obedire cogantur, ſequitur eiſdem obtemperandum eſſe venationes prohibẽtibus iuſtas & legitimas ob cauſas.

Sunt autem ex communi omnium ſententia iuſtæ cauſæ ſeptem potiſſimùm. Prima cùm ex conſuetudine antiqua poteſtas ipſa venandi ſolis Principibus conceſſa eſt. Nam tunc meritò alijs interdicere poſſunt venationes: quemadmodum in Germania obſeruatur. *Vide Guidonem Papium dec. 514. Franciſc. Marc. dec. 530. num. 14. verſ. Veruntamen in talibus. Purpuratum in conſil. 534. num. 8. lib. 2. Hyp. Rim. in conſ. 35. num. 17. lib. 1. Zoanet. in d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. numer. 174.*

Secunda eſt cauſa. Vbi ea poteſtas Principi ab Imperatore conceſſa eſt in inueſtitura ipſa Ducatus, Comitatus, vel Marchionat. *Vide Iaco. de S. Georg. in Trac. Feud. in verbo, Et cũ venat. n. 9. & Zoan. loco proximè citato, ante n. 70.*

Tertia eſt cauſa, cùm ſubditorum conſenſus adeſt, qui prohibitioni à Principe factæ acquieſcunt, & longum tempus prælabitur. *Vide Iacob. loco annot. proximè, & vide text. in l. Si quiſquã. ff. de diuerſ. præſcript. Frãc. Marcum, & Caſſaneum locis ſuperiùs allegatis.*

Quarta eſt cauſa, ſi temporis vetuſtas adſit, cuius initij memoria non extet, ex quo Principes venationem ſubditis ſuis prohibuerint. Tanta enim temporis diuturnitas pro iure, & cauſa ſufficeret, tametſi ius non probaretur: *argum. l. 2. & l. vltim. ff. de aqua pluuia arcen. Vide Zoanet. loco citato, num. 165. Decium in conſil. 271. Ruin. conſil. 28. lib. 1. & Balb. de præſcript. 4. part. 5. part. princ. q. 6.*

Quinta eſt cauſa. Si principes quædam loca ſibi eligant, in quibus venationes exerceant, cæteris eam interdicendo. Hanc eſſe cauſam iuſtam, vt ſe Principes recreare poſſint, quibus maximę curæ circa Reipub. adminiſtrationem incumbunt: tradunt Tiraq. *de Nob. c. 37. numer. 139.* Dominic. Sot. *de iuſt. & iur. lib. 4. q. 6. art. 4.* Sebaſt. Medice. *in d. Tract. de Venatione, in 1. part. q. 5.*

Sexta eſt cauſa, ſi prohibeatur Venatio à Prin-

Principe, ne Agricolæ, Artifices, Mercatores, Operarij & Mercenarij, venandi ſtudio nimis dediti, Agriculturam, & cætera officia, & miniſteria deſerant, quibus ciuitates, & populi magnoperè iuuantur, & conſeruantur. Tale immoderatum venandi ſtudium olim in Germania extitiſſe ex Tacito, & Suetonio conſtat. Et huic ſententiæ ſuffragatur, quod Iure noſtro videmus interdici quibuſdam officia, & exercitia, alioquin iuſta & honeſta, quò magis proprio officio, & artificio vacare poſſint, *vt in tit. C. Ne ruſtici ad vllum officium deuocentur, & in tit. C. Negotiatores ne militent. & in l. penul. & vlt. C. de cohortalib. lib. 12. Vide Tiraq. loco annot. num. 105. & Guil. de Benedict. in c. Raīn. in verbo. Et Vxorem nomine Adelaſiam, deciſ. 5. num. 338.*

Septima eſt cauſa, ne prætextu venationis arma ſubditi ferant, rixæ excitentur, homicidia & latrocinia committantur, atque adeò publica pax turbetur. *Vide text. in d. c. Nemo retia, in tit. De pace tenenda, & eius violatorib. Guilielmum Benedictum loco proximè citato, multa in hanc ſententiam adfert.*

Supereſt, vt de pœnis, quibus affici contra Principis edictum operam venationi dantes iure poſſunt, breuiter diſſeramus. Etenim variè hac de re Prudentes reſpondiſſe conſtat. Iacob. Aluar. *in d. c. Nemo retia,* eos eſſe puniendos, tanquam pacis violatores dixit Guido Papi. *deciſ.* 218. pœnis corporalibus affici conſueuiſſe teſtatur. Dominicus Sotus *lib. 4. de iuſt. & iu. q. 6. artic.* 4. pœnas eſſe moderandas docet. Mart. Nauarr. non eſſe mulctandos morte, aut membri abſciſſione, ſemel delinquentes reſpondit, *in Manu. Confeſſ. c. 17. §. 11. numer. 221.* Alfon. à Caſt. *lib. 1. de poteſt. legis penultim. c. 6.* Tyrannos appellat Principes eos, qui morte mulctari iubent quenquam ex leuiſſima cauſa, vtputà: quia ceruum, in ſylua ſua incluſum, occidit; pluris ceruum, quàm hominem æſtimantes. Varias denique conſtitutas fuiſſe pœnas contra venatores, à Regibus & Principibus Galliarum, teſtis eſt Guiliel. de Benedictis, *in d. c. Rainut. verbo, & vxorem, deciſ. 5. numer.* 353. Et autor eſt Valer. Max. *lib. 6. tit. de Seuer.* Domitium Prætorem Romanum olim Siciliæ Rectorem, cùm ad eum eximiæ magnitudinis aper allatus eſſet, duci ad ſe Paſtorem iuſſiſſe, à quo eſſet interfectus, & poſteaquam inuenit eum venabulo vſum eſſe mandaſſe eum crucifigi: quia ipſe ad exturbanda latrocinia, quibus prouincia vaſtabatur, ne quis telum haberet, edixerat.

Ego hanc diſputationem quinque concluſionibꝰ expediri poſſe commodè exiſtimo. Quarū prima hæc eſt. Venantes ſemel aduerſus Principis edictum, morte mulctari non poſſunt. Hęc concluſio eſt Dominici Soti, & Nauarri, necnon Alfonſi à Caſtro: *locis proximè citatis*: & probatur: quia licèt ſcriptum ſit, lib. 1. Reg. cap. 14. & in c. de Maioritate & Obedientia, [*Qui Principi non obedierit, morte moriatur:*] & idem ferè in l. Vniuerſæ, C. de Veteris numiſm. poteſtate, lib. 11. Hæc tamen eſt ab omnibus recepta ſententia, illud eſſe accipiendum, cùm in re magni momenti, ac præiudicij, vnde ſcilicet, & Deus, & Reſpub. magnoperè offendatur, mandatum Principis negligitur. Cæterùm ſi de leuioribus cauſis agatur, pœna mortis locum non habet, ſed alia mitior, Iudicis arbitrio, perſonarum, & rerum circunſtantijs conſideratis, ſtatuenda eſt: *vt declarant optimè Menoch. de Arbit. Iud. Caſu 365. Proſper Farin. commun. concluſ. & q. crim. tit. de delict. & pœn. q. 19. num. 22.*

Secunda eſt concluſio. Semel venantes contra Principis edictum membri abſciſſione mulctandi non ſunt. Hæc concluſio eſt Nauarri, & Soti, *locis proximè citatis*: & confirmari poteſt ex eo, quòd pœna abſciſſionis membri grauiſſima reputatur. *Vide Alex. conſ. 13. nu. 17. & in conſ. 55. nu. 4. lib. 7. & in l. Tranſigere, C. de Tranſact. & Alciat. ibi. num.* 42. Quare huic delicto, quod nō adcò graue eſt, & Reipublic. pernitioſum, haudquaquam conuenire videtur tam grauis pœna.

Tertia concluſio. Venantibus primò cōtra Principis edictum indicenda eſt pœna carceris vel pecuniaria, aut alia ſimilis. Hæc concluſio eſt ex mente Nauarri, & Soti, *locis ſupradictis*, & probatur eo argumento, quod cum pœna mortis, aut abſciſſionis membri locum habere non poſſit, neceſſe eſt, vt aliqua alia leuior ac mitior

adhibeatur, ex his, quæ dicta ſunt. Vnde Eſdręc.7.in fine dicitur: [*Omnis qui non fecerit legem Regis diligenter, erit iudicium in eo, ſiue in mortem, ſiue in exilium, ſiue in condemnationem ſubſtantiæ eius, vel certè in carcerem.*

Quarta concluſio. Venantibus contra Principis edictum non ſolum ſemel, ſed etiam iterum, & ſæpiùs, pœna grauior eſt infligenda, non ſolùm pecuniaria, aut relegationis, ſed etiam corporalis, ſi ita facti, & perſonarum qualitas exigat. Hæc concluſio non repugnat traditis à Martino Nauarro *loco ſuperius annotato.* Dum enim negat ſemel peccantem ea pœna coerceri debere; ſatis affirmare videtur, coercendum eum, qui ſæpiùs peccauerit. Ab eadem ſententia facit, quod tradit Sebaſt. Mediceus, *d. Tract. part.* 1. *q.* 7. *numer.* 7. & quod legibus noſtris paſſim conſtitutum eſt: nempè crimina iterantem, ac frequentantem grauiori animaduerſione dignum eſſe, *l.* 3. *C. de Epiſcop. Audientia, l. Capitalium, §. Solent, & §. Graſſatores. ff. de Pœnis, l.* 3. *verſ. Si plures, ff. de re militari, l. Seruos, C. ad l. Iul. de Vi.*

Cæterùm illud in quæſtionem vocari poteſt, ſitne neceſſe eum qui ſi ſemel deliquit, punitum fuiſſe, vt ſi iterum delinquat, atque iterum, grauius ac ſeuerius puniri poſſit. Et quidem Franciſc. Herculan. *in Tract. de Cautione de non offendendo, c.* 39. *numer.* 10. illud exigere videtur, vt ſemel ſit punitus authoritate Decij, & Cagnoli *in l. Bona fides, ff. de reg. Iur.* qui hoc non dicunt. Quamobrem contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico, quia leges? quæ ob frequentiam & conſuetudinem delinquendi, ſeueriores pœnas indicunt, hanc circumſtantiam non requirunt, vt reus ſemel pœna affectus ſit. Atque ita docent Anton. Gomeſ. *Comment. Iu. Ciu. tom.* 3. *c.* 6. *tit. de furto, numer.* 8. & Proſper Farinacius *commu. opi. & q. crim. q.* 23. *numer.* 9. & 10. Quibus adſtipulantur, qui docuerunt ſeueriori animaduerſioni locum eſſe ob delicti frequentiam, & iterationem, vbi is, qui primò delictum perpetrauit, eius à Principe indulgentiam obtinuerit. *Vide Caſſ. in conſuet. Burgun. in rub.* 1. *§.* 5. *verſ. Simplex, num.* 20. *Couuarr. lib.* 1. *variar. reſolut. c.* 10. *num.* 2. *Menoch. de Arbitr. Iud. caſu* 295. *num.* 19.

Quinta & poſtrema concluſio. Venantes contra Principis edictum, non ſolùm ſemel, verùm etiam ſępiùs, ita vt Principem contemnere videantur, & incorrigibiles, vt vulgò loquimur, facti ſint, pœna capitali plecti poſſunt. Hæc concluſio probatur ex alia communi ab omnibusque approbata ſententia, eum ſcilicet, qui ſæpiſſimè delictum aliquod committit, capitali pœna afficiendum, licèt delictum per ſe capitale non ſit, ſcilicet, propter maximum contemptum Principis. Vnde locum habet hoc in caſu, quod dicitur, [*Qui Principi non obedierit, morte moriatur.*] Facit ab hac ſententia text. in l. prima. C. de ſuper exactoribus. lib. 10. in illis verbis. [*Capitali periculo cupiditas eius amouenda & prohibenda eſt, ſi in iiſdem ſceleribus perſeueret.*] Vide Grammat. *in conſil.* 17. *num.* 16. Marſil. *ſing.* 378. Ioſeph. Maſcard. *de Probat. vol.* 2. *concl.* 838. *num.* 4. Proſp. Farinac. *commu. opin. & q. crim. q.* 23. *num.* 2. & ad rem noſtram Nauarr. *loco ſuprà citato,* quatenus dicit, pœnam mortis & mutilationis membri, non eſſe pro prima vice, vt ipſe loquitur, ſtatuendam; quia huiuſmodi ſeueritas inquit, non eſt exercenda niſi in ſolitos id facere, & contumaces.

Caput II.

Quomodo ſit accipiendum quod dicitur, Principem legibus ſolutum eſſe; ad interpretationem l. Princeps. ff. de legibus.

Qvatuor hac de re Doctorum ſententias animaduetto. Prima eſt Ioan. Coraſij *lib.* 2. *Miſcell. c.* 25. & Ferdinandi Vaſquij *Controu. illuſtr. lib.* 1. *c.* 26. *num.* 15. Principem ijs legib. ſolutum eſſe, quæ ad Iuris ſolennia pertinent, puta in contractibus teſtamentarijs, & ſimilib. Cæterùm, ijs legibus quæ bonum publicum reſpiciunt, & ex Iure naturali, vel gentium proficiſcuntur, veluti fidem eſſe obſeruandam, contractus obligationes parere, ac ſimiles, nequaquam ſolutum eſſe. Huius rei argumento eſt l. Ex imperfecto. C. de teſtament. ibi. [*Licet enim Lex imperij, ſolennibus iuris Imperatorem ſoluerit, &c.*] Neque enim Populus Romanus qui in Imperatorem omnem contulit poteſtatem, eundem ſoluere Legibus naturalibus ac Iuris gentium potuit.

Secunda eſt interpretatio,ac ſententia Iacobi Cuiacij *li.15.Obſerua.c.30.* hoc,quod dicitur, Principem Legibus eſſe ſolutum, non generaliter accipiendum eſſe, ſed referendum ad leges caducarias, nempe Iuliam,& Papiam. Cuius rei argumento eſt inſcriptio ipſius legis. Sic enim habet Vlpianus lib.14.ad legem Iuliam, & Papiam. [*Nam & lege Falcidia ſolutum non eſſe Principẽ, demonſtrat.l.4.C.ad legem Falcid.*]& lege Glicia non eſſe ſolutum, patet ex l. Papinianus. §. Imperator. ff. de inofficioſo Teſtament.

Tertia eſt ſententia Gulielmi Budæi, *in annotat.ad Pandectas.* quem & Zaſius ſecutus eſt *in Comment. huius legis.* Is ex Ariſtot. *libr.* 3. *Polit.*docet,in Repub.bene conſtituta ciues quadam æqualitate teneri, & vt regant, & vt regantur. Cęterum ſi vnus ſit,vel plures, qui virtutis præſtantia alios antecellant, Heroaſque æquare,aut debeant,aut credãtur,manifeſtum eſt, legibus in ciues, hoc eſt,in populum latis,ſacroſanctos homines non teneri, auguſta illa dignatione eximios. Ad hæc,cum inter Patrem & liberos, dominumque & Familiam,nullum ius Ciuile intercedat, & earum ratio ſit in inter Principem & populum, ſequitur, Principem legibus non teneri.

Quarta & poſtrema eſt ſententia Diui Thomæ,*quaſt.96.art.5.in 1.part.*Soti,*de Iuſti. & Iur.lib.1.q.6.artic.7.* & Didaci Couarr.*in Relect.c.Alma Mater.part.1.§.1.nu.4.* Principem legibus eſſe ſolutum, quo ad vim coactiuam, quia videlicet eum nemo cogere poteſt ad leges obſeruandas;ſed non quantum ad vim directiuam, quia tenetur eas ſeruare. Hanc eandem ſententiam nouiſſime ſecutus eſt R. P.Gregorius de Valentia, huius Vniuerſitatis Ingolſtadianæ, immo totius Catholicæ Eccleſiæ ſplendor maximus,quem honoris cauſa nomino, *in 2.Tomo Comment.Theol.Diſput.7.q.5.part.4.* Et hæc quoque mihi videtur probabilior expoſitio & ſententia.

Probatur primo ex l.Digna vox. C.de legib.vbi Theodoſius: [*Digna vox Maieſtate regnantis,legib. alligatũ ſe profiteri:& reuera maius Imperio eſt, ſubmittere legibus Principatum.*] Vide hic vim directiuam. Vim autem coactiuam habes ex dicta l.Princeps, ff. de legibus.

Secundo,ex l.Ex imperfecto, ff.de lega. 3.ibi,[*Decet enim tanta Maieſtati,eas ſeruare leges,quibus ipſe ſolutus videtur.*]

Tertio,ex l.3.C.de Teſtament.ibi,[*Nihil tamen magis proprium eſt Imperij,quam legibus viuere.*]

Quarto,ex §.vlt.in Inſtit. quibus mod. teſtam.infirmentur.[*Licet*,inquit,*legibus ſoluti ſimus, legibus tamen viuimus.*] hic habes vim vtramque.

Quinto probatur ex cap.3.D. Matthæi, vbi reprehenduntur à Chriſto illi, qui dicunt,& non faciunt, & imponunt aliis onera grauia, ipſi autem ne digito volunt ea mouere.

Sexto,probatur authoritate Platonis, *lib.4.de legibus*,ita dicentis: [*Paratum exitium illi ciuitati video,in qua non lex Magiſtratibus,ſed legi Magiſtratus præſunt: ſalutem vero illi, vbi lex ſeruientibus Magiſtratib. dominatur.*]Probatur & aliis argumentis, quæ diligentiſſime adfert R.P.Gregorius *loco annotato.* Cæteræ expoſitiones videntur mihi magnopere incommodæ: nam Prima docet Principẽ ſolutum eſſe legib. quantum ad ſolennia Iuris:non recte, quia ſolutus eſt quo ad omnia,ſi ſpectes vim coactiuam. Secunda vero ſententia leges claras & generales, quibus dicitur, Principem legibus non teneri ad leges caducarias, non recte reſtringit. Tertia nimis liberum, & ſolutum Principem facit, cum tamen ipſe lubens ſe ſubiiciat,&maius Imperio exiſtimet, ſubiicere legibus Principatum. Vide hac de re etiam Connanum *lib.1.Comment.Iuris,c.16.*

CAPVT III.

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur, æquitatem præferendam eſſe rigori, ad interpretationem l.Placuit,C.de Iudiciis.

PLacuit in omnibus reb. præcipuam eſſe æquitatis,quam ſtricti iuris rationem.] Ita ſcriptũ reli-

reliquit Conſtantinus, *in l. 8. C. de Iudiciis.* Neque enim illud verbum, [*aequitatu ſcriptae.*] quod in pleriſq; codicibus habetur, agnoſcunt amplius viri docti, vt patet ex Antonio Auguſtino, *lib. 4. Emend. c. 8.* ex Connano, *lib. 1. Comment. Iuris, c. 11.* & aliis pleriſque, quod ſciens praetereo. Caeterum, haec ſententia legis in dubium reuocatur, nec immerito. Nam inprimis pugnare videtur cum l. 1. C. de legib. vbi idem Cōſtantinus: [*Inter aequitatem, inquir, & Ius ſcriptum interpoſitam interpretationem, nobis ſolu & oportet, & licet inſpicere.*] Deinde contrarium reſpondit Vlpianus, in l. Proſpexit, ff. qui & à quibus, ibi: [*Per quam durū eſt,* inquir, *ſed ita lex ſcripta eſt.*] Tertio, aduerſatur S. Auguſt. *diſtin. 4. c. 3.* dum reſpondet: [*Poſtquam leges conſtitutae ſunt, non de ipſis iudicari oportere, ſed ſecundum ipſas.*] Quarto Ariſtot. *lib. 1. Rhetor. c. 13.* vbi hanc inter Arbitrum, & Iudicem differentiam eſſe ſtatuit, quod Iudex legem ſcriptam ſequi debeat, Arbiter vero aequitatem. Poſtremo, & Cicero *in Oratione pro Ligario*, vbi dicit Populo, & Senatui permiſſum eſſe, non autem Iudicibus, à verbis legis recedere. Contra vero aequitatem eſſe amplectendam, & ſequēdam, praeter Conſtantinum, *hoc in loco*, reſponſa extant Iuriſconſultorum frequentiſſima, *vt in l. In omnibus. ff. eod. tit. in l. & ſi quis. §. Idem Labeo, ff. de relig. & ſumpt. fun. in l. Quod Ephesi. §. Interdum. ff. de eo quod certo loco. in l. Si ſeruum. §. Sequitur. ff. de verb. oblig. in l. Si me, & Titium. ff ſi cert. petatur, & aliis ſexcentis locis.* Tractant hanc quaeſtionem ac controuerſiam praeter interpretes claſſicos, S. Thomas, *2. 2. quaeſt. 120 art. 1.* Franciſcus Connan. *lib. 1. Comment. Iur. c. 7.* & Illuſtriſſimus Cardinalis Bolognetus, *in ſuis doctiſſimis ac elegantiſſimis Commentariis, de Lege, Iure, & Aequitate, c. 34.*

Ego hanc rem explicare ſoleo tribus Concluſionibus, quarum Prima haec eſt: Vbi verba legis adeo clara ſunt, vt ſalua ratione recti ſermonis recipere nequeunt interpretationem, quae ex bono & aequo adhiberi poteſt, ſeruanda eſt lex, quantumuis dura eſſe, & aequitati repugnare videatur. Atque huc Vlpiani reſponſum pertinet *in d. l. Proſpexit:* nam in ea ſpecie, verba legis erāt ſatis clara, vt perpendit ibi Vlpianus, ita dicens: [*Quia ita verba faciunt, vt ne eum quidem ſeruum, qui extra miniſterium eius mulieris fuit, vel in agro, vel in prouincia, poſſit manumittere, vel alienare.*]

Secunda concluſio: Vbi verba legis non ſunt adeo clara, atque adeo generalia, vt excludant interpretationem ex bono & aequo, tunc ea interpretatio valere debet, ac ſtricto Iuri praeferenda eſt. Ita ſunt accipiēdae leges ſuperius commemoratae, quibus potiorem aequitatis, quam ſtricti Iuris rationem habendam eſſe demonſtratur. Sane, exemplis ab Ariſtotele, & D. Thoma allatis, hanc ſententiam illuſtrare poſſem, ſed ſuperſedeo, cum libri ſint vulgares, & omnibus in promptu eſſe poſſint.

Tertia eſt Concluſio: Quoties verba legis tam clara & praeciſa non ſunt, vt interpretationem ex aequo & bono reſpuant, veruntamen non adeo certum & expeditum eſt: quid bonum, quid aequum exiſtat, tunc Princeps conſulendus, & adeundus eſt, atque ita accipienda eſt l. 1. & vlt. C. de legib. & ſi quae aliae ſunt, vel leges, vel authoritates, quibus eſt Iudicibus prohibitum ne à verbis legis recedant. Neque enim Iudicibus recedere permiſſum eſt abſque Principis reſcripto & conſilio. Non ignoro, aliter hanc rem interpretatum fuiſſe Illuſtriſſimū Cardinalem Bolognettum, ſed mihi magis probatur quod dixi, & niſi fallor, magis communiter receptum eſt.

CAPVT IV.

De petitione haereditatis, contra titulo poſſidentem intentanda, Controuerſia vna.

INter omnes conuenit, eum regulariter petitione haereditatis teneri, qui pro haerede, vel pro poſſeſſore poſſidet, *l. Regulariter, ff. de petit. hered.* Quare, ſi quis bona fide, & iuſto titulo rem poſſideat, nequaquam tenetur. Caeterum, ſi titulum conſecutus ſit ab eo, qui petitione haereditatis conueniri poterat, vtrum eo in caſu conueniri poſſit, non eſt eadem omnium ſententia,

tentia. Sunt enim qui affirmant conueniri poſſe, eo argumento, quod abſurdum eſſe videtur, eum, qui in alterius ius ſuccedit, plus Iuris habere, quam authorem ſuum, *vt in l. Si mulier. §. 1. ff. ad Velleianum. Ita reſponderunt Bart. in l. Cogi, C. de petit. hæred. & in l. Neratius, ff. eod. tit. Angel. & Imol. in l. Si is, qui bonu, ff. de acquiren. hæred. Caſtr. in l. vlt. ad fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo. & ibidem Iacobi. de S. Georgio, idem Caſtr. in conſ. 138. n. 4. lib. 2. Alex. in conſ. 184. colum. 2. lib. 5. Iaſ. in l. 1. nu. 10. C. de inoffic. teſtam. Oſaſcus deciſ. Pedemon. 55. vbi alios citat: quibus accedant Ruin. in conſ. 54. colum. vlt. lib. 4. Dominus meus Ceph. in conſ. 386. lib. 3. Pancirola, in conſil. 119. Marzar. de fideicommiſſ. q. 60. Vrſil. ad Afflictum, deciſ. 228. Angel. Aret. in conſ. 93. in fine. Corn. in conſ. 207. lib. 1. D. Menoch. de Adipiſcenda poſſeſſ. remed 1. nu. 62.*

Alij vero docuerunt, eum teneri petitione hæreditatis, qui titulum conſecutus eſt ab eo, qui conueniri ea actione poterat, ſi lite pendente titulum conſecutus fuerit, alias ſecus. Talis enim titulus lite pendente acquiſitus, videtur eſſe iniuſtus, *l. 5. ff. de petit. hære. l. Alienationes. ff. Familiæ herciſcundæ, & tradit optime Bart. in l. 3. §. Opus, ff. de Alienatio. Iudicij mutandi cauſa facta. Ita docuerunt Alexa. ad l. vlt. col. pen. C. de edicto D. Hadrian. tollen. Franciſc. Aret. in l. Is, qui bonu, colum. vlt. ff. de acq. hered. Corn. in conſ. 201. lib. 1. Iaſ. in §. Actionum, n. 220. in Inſtit. de Actio. Vbertinus Zuchard. in d. l. vlt. n. 218. Couar. pract. quæſt. c. 12. Natta in conſ. 15. Hieronym. Gabriel. conſ. 31. nu. 45. Rota Bononienſ. apud Petrum Benintend. deciſ. 35.*

Hæc poſterior ſententia videtur mihi veriſſima, authoritate l. Etiam putauit, 35. §. 1. ff. de petit. hæred. vbi Iuriſconſultus reſpōdit de hac ipſa facti ſpecie, cum ſcilicet, titulum quis habet ab eo, qui petitione hæreditatis tenebatur, & ait, eum, qui titulum acquiſiuit, duobus caſibus poſſe conueniri, ſi videlicet hæreditatis venditor non extet, vel modico pretio vendiderit, ex quo argumentum ſumitur, in aliis caſibus ſecus eſſe ſtatuendum. Reddam ipſius Iuriſconſulti verba: [*Quod ſi quis*, inquit, *hæreditatem emerit, an vtilis in eum petitio hæreditatis debeat dari, ne ſingulis Iudiciis vexetur? Venditorem enim teneri certum eſt* (hic ergo titulus acquiritur ab eo, qui tenebatur.) *ſed finge non extare venditorem, vel modico vendidiſſe, & bonæ fidei poſſeſſorem fuiſſe, an porrigi manus ad emptorem debeant? & putat Caius Caſſius dandam vtilem actionem, &c.*]

Solidius mihi videtur hoc argumētum, quam contrariæ ſententiæ, ex ea regula deſumptum: Succeſſorem melioris conditionis eſſe non poſſe, quam Authorem, *vt in l. ſi mulier, vlt. §. 1. ff. de petit. hæred.* quoniam argumenta ex huiuſmodi regulis generalibus valde ſunt periculoſa. In ſpecie quidem d. l. Si mulier, regula ſibi locum vendicat ſumma ratione, nempe, mulierem, pignora repetere poſſe per interceſſionem data, non ſolum ab ipſo Creditore, verum etiam ab Emptore. Merito: nam plus Iuris Emptor non habet, quam Creditor haberet. Nec ex eo, quod pignora vendita fuerint, mulier actionem amittit. An in ſpecie de qua noſtra eſt diſputatio. Is, qui titulum iuſtum, & bonam fidem habet ante litem inſtitutam, plus Iuris habet, quam Author eius, neq; enim titulum is habuit, & cum nec pro hærede, nec pro poſſeſſore poſſideat, conueniri hæreditatis petitione non poteſt.

Capvt V.

De tertio ad Iudicium veniente, Controuerſia vna.

CVm inter duos litigatur de rei alicuius dominio, vel poſſeſſione, ſi tertius ad Iudicium veniat, ac petat ſibi rem adiudicari, atque ita ſe litigatoribus opponat, conſtat inter omnes, eum admittendum eſſe, & audiendum, *ex l. Bona fides, ff. Depoſiti, & ex aliis legibus permultis.* Cæterum, illud eſt controuerſum, An Iudicium inter priores litigatores inchoatum, impedire, ac retardare poſſit, ita vt Iudex debeat, vna ſententia omnium trium perſonarum controuerſiam, ac litem dirimere. Etenim Aloiat. *in d. l. Bona fides*, reſpondit, vna ſententia omne negotium terminandum authoritate Baldi, *in c. 1. §. Si duo, De pace tenenda, & eius violatoribus.* vbi *Baldus* ita

docet

docet, authoritate Innocentij, *in c. Veniens, 2. de teſtib.* & ſequuntur Alexand. ad Bartol. *in l. is, à quo, ff. de rei vendic.* Felin. *in c. cum ſuper. n. 11. in 3. limit. de ſententia & re iudicata*: Et ibi etiam Imola, necnon Afflict. *in dicto §. ſi duo.* Vrſillus ad Afflictum, *deciſ. 235.* Nouiſſime D. Iacob. Menoch. *in conſ. 488. lib. 5.* vbi eiuſdem ſententiæ alios authores commemorat, nempe Bart. *in l. ſi quis libertatem, n. 1. ff. de petit. hered.* Petrum Antonium Anguſſolam, *in conſ. 62.* & Vincentium de Anna Neapolitanum, *in Allegat. 76. num. 6. lib. 2.* affirmantem, ſic obſeruatum fuiſſe in cauſſa Illuſtriſſimorum fratrum de Gonzaga. & ibid. Menochius multa præclare, & erudite diſputat, ad conſultationem ſuam pertinentia: in qua quidem cauſa ego aliquando Iudex fui Placentiæ. Vertebatur enim coram Placentino Conſilio, cui & ipſe vna cum alijs adſidebam: Sed quod attinet ad punctum quæſtionis, eo vtitur potiſſimum argumento, quod cum tertius, qui ſe opponit, impediat eum, qui primo egit, quo minus rem, ſeu poſſeſſionem conſequatur, merito quoque impedire proceſſum cauſæ debet: Sed non eſt mihi animus ea confutare, quæ vir præſtantiſſimus deducit, præſertim, cum mihi conſtet, eam cauſam & litem, nondum eſſe definitam. Illud duntaxat hic admonendum putaui, nec mihi, nec aliis Conſiliariis ſupradictam Doctorum ſententiam probari potuiſſe: exiſtimo enim, tertium comparentem, ac ſe opponentem, audiendum quidem, & admittendum eſſe, & ſi meliorem cauſſam habuerit, rem illi adiudicandam fore. Cæterum, ſi poſt inchoatum iam iudicium ſit admiſſus, nihil proponi video, cur proceſſum iam inchoatum retardare poſſit, & expectare Iudex debeat, vt & ipſe cauſſam inſtruat, antequam ſententiam inter priores litigantes proferat. Etenim, qui in tali ſpecie Iudicem ſeruare oporteat, præclare docet Iuriſconſultus, *in l. Is, à quo. ff. de rei vendic. & in l. penul. ff. de petit. hered.* nēpe, vt priori, qui actionem inſtituit, per ſententiam res adiudicetur, ea cautione præſtita, vt ſi alter fundum euincat, illum reſtituat. Legis verba hæc ſunt: [*Is, à quo fundus petitus erat, ab alio eiuſdem fundi nomine conuentus eſt. Quærebatur, ſi alteri eorum fundum Iudicis iuſſu reſtituiſſet, & poſtea ſecundum alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. Reſpondi, vt priori Iudex adiudicaret, eum oportere ita petitori fundum reſtitui debere, vt poſſeſſori caueret, vel ſatiſdaret, ſi alter fundum euiciſſet, eum præſtare.*

Reſpondet D. Menoch. *loco annotat.* hanc legem loqui, quando agitur de ſententiæ executione, *ex Andr. Gaill. lib. 1. Obſerua. c. 70. num. 15.* Sed tanti viri pace, non recte, quia repugnant legis verba, ibi: [*Quærebatur, ſi alteri eorum fundum Iudicis iuſſu reſtituiſſet, &c. Reſpondi, vt priori iudex adiudicaret, &c.*] Hæc verba indicant ſententiam proferendam, non autem executionē ſententiæ latæ, prout & ſequentia: [*Eum oportere ita petitori fundum reſtitui iubere, &c.*] quæ quidem verba conueniunt ſententiæ dictioni, non autem executioni.

Atque ita hanc rem interpretati ſunt, repudiata priore ſententia, Anton. Butr. Belamera, Felin. & Angel. quos refert, & ſequitur Couar. *Pract. quæſt. cap. 14. n. 4.* Rota, *Deciſ. 4. tit. de Iudiciis, in antiquis, incipiente: Tres veniunt ad cauſſam.* Ioſephus Ludouicus, *deciſ. Peruſina 26. n. 26.* Ioan. Marc. Aquilin. *in l. Naturaliter. §. Nihil commune, n. 84. in 1. parte, ff. de acq. poſſeſſ.*

Quæ vero adferuntur pro contraria opinione, facile confutari poſſunt, quia etſi tertius admittendus ſit, & audiendus, non tamen ſequitur, eum impedire, ac retardare poſſe cauſſæ prius inſtitutæ exitum. At impedit reſtitutionem rei ipſius. Concedo ſi de iure ſuo docuerit, antequam ſentētia à Iudice proferatur inter priores litigatores: nam ſi tarde ad iudicium venerit, non eum expectare donec cauſſam inſtruat, Iudex iubetur, ſed petitori rem adiudicare cautione pręſtita. Alia hic argumenta contrariæ opinionis non commemoro, neque refello, quia nullum animaduerti, quod ſpeciem probabilitatis præ ſe ferat, nititur enim ea ſententia, ſola Innocentij authoritate, ita docentis, ex quadam textus Canonici interpretatione, quam nec ipſe ſecutus eſt, nec alij.

CAPVT

CAPVT VI.

Vtrum compenſatio locum habeat, vbi quantitas ex vna parte debetur, ex altera verò quantitas debetur, quæ ſe habet ad inſtar ſpeciei.

CVM certum corpus nummorum deſignatur, veluti centum, quæ in arca habeo, quantitas videtur deberi tanquam ſpecies quædam, vnde in controuerſiam venit, an ſi talis quantitas ex vna parte debeatur, compenſatio locum habeat cum quantitate ſimpliciter debita ex altera parte; & locum habere, affirmarunt Vltramontani Doctores; quos Bart. Alex. Corn. Iacopin. Socin. Iaſ. & quidam alij ſecuti ſunt, *in Comment. ad l. Cùm fundus. §. Seruum tuum imprudens. ff. Si certum petatur.* Quorum illud eſt argumentum, quòd compenſationi hoc in caſu obſtare non poſſit, quòd ex vna parte quantitas debeatur, ex altera verò quodammodo ſpecies, ſicuti aliàs regulariter obſtat, *vt in l. Si conuenerit, ff. de pignoratitia actio.* nam ideò obſtat ſpeciei, quòd in eam cadit affectio, propter quam creditor ad compenſandum compelli non poteſt. Cæterùm in nummis affectio conſiderari non poteſt, *l. Nummis, ff. de in litem iurando.* Conſequenter nullum eſt impedimentum, quò minus compenſationi ſit locus. Huc accedat, quod in depoſito ſpecialiter conſtitutum eſt, vt compenſatio locum non habeat, *l. vltim. C. de compenſat.* & tamen pecunia depoſiti nomine reſtituenda, videtur conſideranda, non vt ſimplex quantitas, ſed vt ſpecies, quia idem corpus nummorum reddi debet. Hoc igitur argumentum eſt, in cæteris caſibus, in quibus hoc modo quantitas vtrinque debetur, compenſationi locum eſſe, alioquin Iure conſtituto in depoſiti cauſis opus non erat.

Secunda eſt ſententia: Compenſationi locum eſſe, ſi quantitas ſit deſignata & expreſſa, quamuis ſub certo nummorum corpore, ſi verò expreſſa non ſit, locum non eſſe. Authores huius ſententiæ commemorantur ab Alexand. & Aretin. *in d. §. Seruum tuum.* Pro cuius ſententiæ confirmatione, nihil allatum inueni.

Tertia eſt ſententia Tyndari, *in tract. de Compenſationibus, colum. 5.* Vt ſiquidem pecunia, quæ debetur vt ſpecies, extet, locus compenſationi non ſit, quia debitor præciſè cogitur ad eam ſoluendam, ſi verò non extet, ſecùs.

Quarta & poſtrema eſt ſententia, quæ mihi omnium veriſſima videtur, compenſationem non admitti in propoſito caſu. Authores ſunt Accurſius, Aretinus, Ludouicus Roman. & Decius *in d. §. ſeruum tuum imprudens.*

Affertur pro hac ſententia text. *in d. §. Seruum tuum.* quatenus ibi Iuriſconſultus docet, peculiares nummos vendicari poſſe, licèt is, qui vendicat, deberet quantitatem, quaſi peculiares nummi certam ſpeciem conſtituere videantur, quæ proinde cauſa ſit impediendæ compenſationis. Sed mihi magis hanc ſententiam probat text. *in l. Sed ſi certos. de legat.* 1. vbi Iuriſconſultus: [*Sed ſi certos nummos, veluti quos in arca habet, aut certam lancem legauerit, non numerata pecunia, ſed ipſa corpora nummorum, vel rei legata continentur, neque permutationem accipiunt, & exemplo cuiſlibet corporis æſtimanda ſunt.*] Hactenus Iuriſconſultus. Si permutationem non accipiunt tales nummi, & vt certum corpus æſtimandi ſunt: Ergo compenſatio locum habere non poteſt.

Reſpondet Alexander, id non eſſe generaliter accipiendum, ſed in illis tantùm caſibus locum habere, de quibus in præcedenti lege, non rectè, quia Iuriſconſulti reſponſum generale eſt, nec verba adeò generalia, ita ſunt coarctanda contra eorum proprietatem & naturam.

Nec prioris ſententiæ fundamentum eſt ſatis ſolidum; quia in nummis affectio non conſideratur, quantum ad hoc, vt iuramentum in litem deferatur, pro eo, quod intereſt, certa eſt enim nummorum æſtimatio, vt inquit Iuriſconſultus *in d. l. Nummis*; Sed quò ad alios effectus, ad excludendam, ſcilicet compenſationem, ſeu permutationem, quin affectio conſiderari queat, negari non poteſt, *vt patet ex d. l. Sed ſi certos.*

Quòd verò dicitur, in depoſito ceſſare com-

compenſationem quodam iure conſtituto, & ſpeciali, & conſequènter in alijs ſecùs eſſe ſtatuendum, nihil obſtat, quia in depoſito ceſſat compenſatio, quomodocunque fiat, ſiue nummi deponantur vt certum corpus, ſiue vt certa quantitas: cùm tamen aliàs regulariter debita quantitas, compenſationem cum alia debita quantitate ſimili recipiat.

Porrò illa diſtinctio, Vtrum certa deſignetur quantitas, necne: confutatur ex l. Planè. 34. §. 7. de leg. 1. ibi, [*Si non certum nummorum corpus ſit ſæpius relictum, vt puta centum, quæ in arca habet, ſæpius legauit. Tunc enim fundo legato eſſe comparandum credo.*]

CAPVT VII.

Vtrum debitor, qui iurauit ſe ſoluturum, obijcere compenſationem poſſit?

IVRATVS debitor compenſationem obijcere an poſſit, vulgaris eſt controuerſia. Sunt enim qui affirment, & qui negent, nec deſunt qui diſtinctione vtantur. Affirmant Bartol. *in l. Amplius. ff. rem ratam haberi.* Bald. & Panormitan. *in c. Ad noſtram, de iureiurand.* & alij, quos refert Oſaſcus, *Deciſ. Pedemont.* 92. Couarr. *in c. Quamuis, de pact. lib. 6. in ſecunda parte.* §. 4. *numer.* 9. Negant verò Innocent. Ioan. Andr. Hoſtienſ. & Imola, *in dicto capit. Ad noſtram.* & alij quos commemorant Couarr. & Oſaſcus *locis annotatis.* Ex latius Seraphinus Senenſ. *de priuilegijs Iuramenti, priuileg.* 74. *numer.* 36. Denique hac diſtinctione vtuntur Panormitan. *ind. c. Ad noſtram, numer.* 3. & alij à Seraphino & Oſaſco citati, vt ſi quidem ante iuratam obligationem illud debitum contractum fuerit, quod in compenſationem deducitur, tunc nequaquam locus ſit compenſationi, ſi verò poſtea contractum ſit, compenſatio locum habeat.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, ex l. 4. §. Soluiſſe, ff. de re iudic. vbi Iuriſconſultus: [*Soluiſſe, inquit, accipere debemus, non tantùm eum, qui ſoluit, verùm omnem omninò, qui ea obligatione liberatus eſt.*] Sed is, qui compenſat, liberatur, *l. Si ambo, ff. de compenſatio.* Ergo is, qui compenſat, ſoluit. Exceptio autem ſolutionis proculdubio opponi poteſt, ergo & exceptio compenſationis.

Secundum argumentum eſt ex l. 2. C. de compenſatio. vbi is, qui iudicati conuenitur, pecuniæ ſibi debitæ compenſationem implorare poteſt. Si locum habet compenſatio: vbi debitum eſt ex re iudicata, ergo locum etiam habere debet, vbi deſcendit ex obligatione iurata, quia res iudicata, & iuramentum æquiparantur, *l. 2. ff. de iureiur. l. poſt rem iudicatam, ff. de re iud.*

Tertium eſt ex l. Si debitor. ff. Qui por. in pignor. habeant. ibi, [*Nec enim intereſſe, ſoluerit, an penſauerit.*]

Quartum argumentum eſt huiuſmodi: Inutilis eſt actio eius, qui in cauſſa eſt, vt quod ſibi debetur, non ſoluatur, *l. Potior. §. vltim. ff. qui potior. in pignor. habeant.* Sed creditor hoc in caſu, eſt in cauſſa, quia ipſe non ſoluit creditori ſuo, eidemque debitori, ergo inanis eſt actio, & compenſatio locum habet.

Quintum argumentum eſt ex l. Dediſſe, ff. de verbor. ſignific. ibi, [*Dediſſe intelligendus eſt, qui compenſauit.*]

Sextum argumentum: Quòd ſub conditione debetur, compenſari poteſt, *l. Si peculium. §. de illo, de ſtatu liber. l. Iulianus, ff. de conditio. & demonſtrat.* & tamen conditiones in forma impleri debent, *l. Meuius. l. Qui hered. ff. eodem titul.* ergo ſimiliter id compenſari poteſt, quòd iureiurando intercedente, debetur.

Poſtremum argumentum: Iuramentum ſequitur naturam actus ſuper quo interponitur, c. Quemadmodum, de iureiurand. Sed compenſatio regulariter locum habet in debito, *l. 2. ff. de compenſat.* ergo locum habet etiam in debito iurato.

Negantis autem ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex c. Ad noſtram, de iureiurand. vbi fructus ex pignore percepti, in ſortem debitam non imputantur, quia debitor iureiurando obſtrictus erat.

Secundum eſt ex c. Debitores, eod. tit.

vbi patet, debitorem qui iurauit vſuras ſe ſoluturum; ad eas ſoluendas cogi, licèt ſolutas repetere poſſet.

Tertium argumentum: Nemo poteſt iuramentum commutare authoritate propria, etiam in melius, *cap. Peruenit. 2. de iureiurand.* ergo qui iurauit, compenſare non poteſt, quia videretur iuramentum commutare.

Quartum argumentum: Iuramentum ſeruare debet, vbi abſque diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poteſt, *c. Cùm contingat, de iureiur.* ergo ſeruandum eſt etiam hoc in caſu, & ſic debitori ſoluere debet.

Quintum argumentum: Compenſatio locum non habet in cauſa depoſiti, *l. penult. C. depoſiti, l. vltim. C. de compenſat.* ergo nec locum habere debet in cauſſa debiti iurati, quia maior eſt ratio.

Fundamentum autem tertiæ opinionis, quæ diſtinguit, illud eſt: quoniam omnis promiſſio debet intelligi rebus ſic ſtantibus, *c. Quemadmodum, de iureiur. l. quod Seruius, ff. de condict. indeb.* ergo is, qui ſe ſoluturum iurauit, intelligitur iuraſſe rebus ita ſtantibus, non autem, ſi poſtea ipſemet creditor efficiatur alterius.

Ego exiſtimo priorem ſententiam ęquiorem, & probabiliorem eſſe authoritate Iuriſconſulti, in l. 2. ff. de compenſat. [*Vnuſquiſque,* inquit, *creditorem ſuum, eundem debitorem repellit, ſi paratus eſt compenſare.*] Id ratio ipſa æquitatis ſuadet, quia noſtra intereſt, potius non ſoluere, quam ſolutum repetere, *l. 3. ff. eod. tit.* Iuramentum autem iniquitati fauere non debet, neque ſolet, ſed ęquitati, vnde hanc recipere debet interpretationem, quæ ex ipſa lege, & æquitate deducitur, vt ſcilicet is, qui iurauit ſe ſoluturum, compenſare poſſit, & compenſationem implorando, creditorem ſuum, eundemque debitorem repellere. Quòd ſi debitum hinc ſit liquidum & clarum, nec res altiorem indaginem requirat, dolo facere videtur is, qui petit, quod poſtea reſtituturus eſt, *l. Dolo facit, de reg. iur.*

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, in ſpecie dicti capit. Ad noſtram. non illud quæri, An debitor poſſit compenſare, fructibus in ſortem imputatis, ſed vtrum iuramento non obſtante, res oppignoratas vindicare poſſit, antequam ſoluat. Ratio dubitandi erat: quia creditor ex re pignorata fructus perceperat. Ratio decidendi, quia nondum tot fructus perceperat, qui deductis expenſis ſortem æquarent, id patet ex illis verbis textus: [*Licèt autem de poſſeſſionibus illis & redditibus, nondum ſortem deductis expenſis receperit, &c.*] Aliam affert reſponſionem Couarr. *loco annotato,* ſed mihi hæc planior videtur.

Ad ſecundum eadem. Debitores, reſpondeo: Nil agi eo in loco de compenſatione, ſed debitor iuramentum ſeruare tenetur, nec poteſt illud authoritate propria contemnere, quanquam Eccleſiaſtica authoritate compelli poſſit creditor ad vſuras reſtituendas.

Ad tertium reſpondeo: Authoritate legis id fieri, non propria ipſius debitoris, quia lex compenſationem induxit ex æquitate, ne quis cogatur ſoluere, & poſtea repetere.

Ad quartum reſpondeo: Iuramentum hoc in caſu ſeruari, quia is, qui compenſat, legis interpretatione ſoluere dicitur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, negando conſequentiam; Licèt enim in depoſito ſpecialiter conſtitutum ſit, vt locum non habeat compenſatio, ob certas quaſdam cauſas, nempè, propter ſingularem fidem, quam depoſitum requirit, in alijs tamen obligationibus aliter eſt conſtitutum.

CAPVT VIII.

Ad interpretationem l. Tranſigere, C. de Tranſact. Controuerſiæ duæ.

Tranſigere, vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt, in alijs autem publicis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem. Ita Diocletian. & Maximin. *in l. 18. C. de Tranſact.* Ad cuius legis interpre-

tationem diſcutiendæ ſunt nonnullæ controuerſiæ in hoc, & in ſequenti capite. Prima eſt, quomodo verum ſit, quod primo loco dicitur, de crimine capitali prohibitã non eſſe tranſactionem, cùm & publicæ vtilitatis ratio, quæ, vt delicta puniantur, exigit, & Senatuſconſulti Turpilliani authoritas repugnare videantur, quo tranſigentes, & paciſcentes de criminibus, grauiſſimè puniuntur. Secunda, quomodo ab hac regula crimen adulterij excipiatur, cùm inter capitalia recenſeri tempore legis conditæ non potuerit, exceptio autem debeat eſſe pars regulæ? Tertia, quid de criminibus priuatis ſtatuendum ſit, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, an ſit de illis tranſactio permiſſa? Quarta, quis ſit ſenſus verborum illorum textus: [*Citra falſi accuſationem.*] Poſtrema, Vtrùm is, qui tranſigit de crimine capitali, accuſari & puniri poſſit, tranſactione non obſtante? Priores duas, hoc in capite tractabimus, tres poſteriores, in ſequenti.

Quod igitur ad primam attinet, quidam Doctor ita ſe expedit, vt exiſtimet, verba textus ſic concepta olim fuiſſe ab Imperatoribus: [*Tranſigere, vel paciſci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt;*] ſed nouam legem ille condit, non antiquam interpretatur. Repugnat omnium Codicum fides & teſtimonium, cui vir doctus acquieſcere debuit.

Accurſius, ex parte Rei, exiſtimat prohibitam non eſſe tranſactionem, vt is, quomodocunque poſſit, ſanguinem ſuum redimat, quod permiſſum eſſe, patet ex l. 1. ff. de bonis eor. qui mort. ſibi conſciu. & ex l. vltim. ff. de Præuaricatoribus. Cæterùm, ex parte Actoris, ſecùs exiſtimat propter Senatuſconſulti Turpilliani prohibitionem, l. Ab Accuſatione, l. in Senatuſconſult. ff. ad Turpillian. Quæ ſententia ſatisfacere non poteſt, cùm verba legis conueniant tam Reo, quàm Actori: nam ſi Actor tranſigere non poſſet, Reus autem poſſet, id ſanè reticendum non erat, ſed exprimendum ab Imperatoribus.

Bartolus, Caſtrenſis, & Alexander, ita hanc rem explicant, vt in ſumma velint, Reum impunè tranſigere poſſe, Actorem verò non adeò impunè, ſed ita tamen, vt pœnam talionis euadat, quæ illi perperam accuſanti imminere ſolet, *vt in l. vltim. de Accuſatio.* Quæ ſententia ſimiliter ſatisfacere non poteſt, quia tranſactio ſimul eſſet prohibita, & non prohibita: non prohibita quidem, vt in hac lege, prohibita verò propter pœnam in actorem tranſigentem conſtitutam, licèt capitalis non eſſet.

Alciatus & Iaſon in ea ſunt ſententia, vt exiſtiment, Tranſactionem eſſe permiſſam, tam Reo, quàm accuſatori, nec aliquem ex eis alicui pœnæ obnoxium eſſe; quæ videtur mihi veriſſima interpretatio; Nam quod legitimè fit, pœnam non meretur, *l. 4. C. ad leg. Iul. de adult.* & qui permiſſu Principis ab accuſatione deſiſtit, non punitur, *l. Deſtitiſſe, ff. ad Turpill.* Ergo nec is punitur, qui authoritate legis tranſigit.

Ad argumentum verò, quod ex Senatuſconſulti Turpilliani authoritate ſumitur, & ex his legibus, quibus dicitur, Priuatorum pactiones de his tantùm valere, quæ ad rem familiarem pertinent, non autem de his, quæ publicam continent læſionem, *l. Iuriſgentium. §. Si paciſcar. l. ſi vnus. §. Pacta. ff. de Pactis.* Reſpondeo, non obſtare, quia Turpilliani authoritas, hoc in caſu locum habere non poteſt, in quo iuſtas ob cauſſas eſt tranſactio permiſſa; & læſionis publicæ ratio hic habenda non eſt, cùm omnis ratio honeſta ſit expediendæ ſalutis, nec prorſus is, qui delictum admiſit, tranſactione facta liberatur, imò verò & accuſari ab alio, & puniri poteſt à Iudice, *l. Qui cœtu. §. vltim. ff. ad legem Iuliam de vi publica. vt & inferius dicetur in poſtrema Controuerſia ſequentis capitis.*

Venio ad ſecundam, in qua illud difficultatem facit, quòd Diocletiano & Maximiano imperantibus, adulterium non erat capitale, *vt patet ex l. Si quis viduam. ff. de quæſtionibus. & tradunt Alciatus lib. 5. Paradoxorum, cap. 8. Cuiacius. Modernus Doctor Gallus, & Balduinus, in §. Item lex Iulia in Inſtitut. de publicis Iudicijs, Briſſonius libro ſingulari ad legem Iuliam de Adulterijs, in verbo: Qui ſtuprum, adulterium vc. Couuarruuias in Epitome de ſponſalibus,* part.

part.2.cap.7.n.16.& optime omnium Cuiac. lib. 21.Obſer.cap.17.

Reſpondet Antonius Faber *libr. 2.coniectur. Iuris, cap.20.* illa verba; [*Excepto adulterio*, addita fuiſſe ab imperito interprete ad id reſpiciente, Adulterij crimen ſanguinis pœnam irrogare, neque tamen de illo tranſigere, aut paciſci licere, nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus capitale non fuiſſe.

Verum obſtat elegantiſſimo Doctori non ſolum authoritas omnium Codicum Latinorum, verum etiam Græcorum: nam & in Baſilicis, & apud Conſtantinum Harmenopulum totidem verbis hæc lex habetur; ſicuti teſtatur præcitatus Modernus Doctor Gallus, *d.q.23.*

Mihi hæc Interpretatio probatur, quam & Iacobo Cuiacio *lib.6.Obſeru.cap.11.& lib. 19.cap.penult.* probari video, nempe Tribonianum ea verba poſuiſſe, ad poſteriores leges reſpicientem, quod & alias eum factitaſſe conſtat ex traditis à Franciſco Duareno, *Anniuerſariarum diſputationum. lib. 2. cap. 9.* Immo, in hac ipſa ſpecie, de qua agitur, textum habemus in Inſtitutionibus, *de publicis iudiciis, §. Item lex Iulia, de Adulteriis*, vbi dicitur, Temeratores alienarum nuptiarum lege Iulia gladio puniri: quod ſane dictum accipi debet ſecundum leges poſteriores, nempe Conſtantini, *l. Quamuis, C. Ad legem Iuliam de Adulteriis*: non autem ſecundum legem Iuliam, quæ, vt dictum eſt, pœnam capitis non imponebat.

Sed & illa interpretatio mihi non improbatur, Adulteros ſæpe olim capite plexos fuiſſe, & idcirco inter capitalia crimina adulterium hic eſſe relatum. Adulteros autem capite fuiſſe non raro mulctatos, conſtat ex his, quæ refert Iacobus Cuiacius *lib. 20.obſeruat.cap.18.* & Iacobus Menoch. *de Arbitr.Iud.caſu 419.nu.40.* Cuius ſententiæ acerrimus propugnator eſt Ioannes Coraſius, *lib.2.Miſcellaneor.cap.1.*

At his replicat Antonius Faber, Adulterium omnino excipiendum à Triboniano non fuiſſe, ſed potius crimen Raptus, quod eo tempore erat capitale. Nam cum ex poſterioribus legibus adulterium factum ſit capitale: ratio poſtulare videtur, vt etiam de eo, ſicut de aliis capitalibus tranſigere liceat. Ita olim in adulterij crimine abolitioni locus non erat abſque permiſſu Præſidis, *l. Abolitionem. C. Ad legem Iuliam, de Adulteriis*, vbi vero factum eſt capitale, ſimul eſt permiſſum, vt qui de adulterio accuſant illud, ſi voluerint, abolitione compeſcant, *l. Quamuis.30.C.eod.tit.*

Reſpondet Iacobus Cuiacius lib.6.Obſeru.c.11. in hæc verba: [*Cæterum*, inquit, *adulterio capitali effecto, conſequens eſt, de eo tranſigi poſſe, quod tamen nequaquam dicemus. Nouæ enim conſtitutiones ſtrictius accipiendæ ſunt, adeo, vt & neceſſario ex eis conſequentia contra ius vetus admittenda non ſint, niſi exprimantur. Cuius rei innumera exempla ſuppeditant Nouellæ Iuſtiniani, & mores ſingularum Ciuitatum. Olim Adulteriū capitale non fuit, hoc abrogatū eſt nominatim. Olim de Adulterio tranſigi non potuit, l. De crimine. C. De Adulteriis, hoc abrogatum non eſt nominatim: Manet igitur. Quod intelligens volensq; Tribonianus, adiecit recte, excepto adulterio.*] Hactenus ille, qui idem docet, quod ſcholaſtici Doctores tradunt *in Authent. Quas actiones. C.de ſacroſanctis Eccleſiis*, licet verbis paulo rudioribus correctionem legis inducendam non eſſe ex identitate, vel etiam ex maioritate rationis, ita enim ipſi loquuntur, nec ideo ſunt ridendi: quia res ornari negat, contenta doceri.

Capvt IX.

Tractantur tres aliæ Controuerſiæ ad interpretationem eiuſdem l. Transigere. C. de Tranſact.

Controuertitur præterea, an de priuatis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, tranſigere liceat: & licere docuit olim Ioannes antiquus interpres, Iacobus Butrigarius, & alij, quos commemorat Albericus *hoc in loco*. Argumenta ſunt iſta.

Primum eſt: ex eo, quod lex dicit, de publicis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, tranſigere non licere: Ergo de priuatis ſecus videtur.

Secundum argumentum illud eſt, quia publica crimina ſeuerioribus pœnis vindicantur, & omnibus eſt permiſſa accuſatio: quæ ratio facit, vt tranſactio permiſſa non ſit: vnde cum in criminibus priuatis ceſſet, videtur etiam tranſactio permittenda.

Tertium argumentum: Nam in priuatis criminib. videtur eſſe in poteſtate noſtra, ne actio oriatur, vt patet in crimine iniuriarum, §. *vlt. in Inſtit. de Iniuriis.* Ergo, & vbi actio cõpetit, permiſſum eſſe videtur, eam tranſactione auferre & extinguere.

Sed cõtraria ſententia mihi magis probatur, quæ etiam magis communiter recepta eſt, vt ſcilicet, de priuatis criminibus prohibita ſit tranſactio, vbi criminaliter agitur, ſecus autem, ſi ciuiliter: quæ diſtinctio ciuilis, & criminalis Iudicij, optime declaratur à Duareno, *lib. 1. Anniuerſ. diſputa. cap.* 34. atque ita docent Accurſ. Bartol. Iaſ. Alciat. & alij. Quæ ſententia probatur ex l. Si quis repetere. ff. ad Turpill. vbi patet, eum qui deſiſtit ab accuſatione in cauſſa furti, ſtellionatus, & ſimili officio iudicis puniri: & deſiſtere dicitur, qui cum aduerſario ſuo tranſigit, *vt in l. Ab accuſatione. ff. eo. tit.* Quod ſi ciuiliter agatur, permiſſam eſſe tranſactionem, *patet ex l. Interdum. § qui tutelam. ff. de furtis, ex l. poſt deciſionem. C. eodem tit. ex l. ſi pro fure. ff. de conductione furtiua, & aliis ſimilibus.*

Ad primũ argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo: non recte colligi ex d. l. Tranſigere, permiſſam eſſe tranſactionem de priuatis criminibus, ex eo, quod de publicis prohibita ſit, quia publicũ & priuatum crimen, non ita inuicem opponuntur, vt quod de vno negatur, de altero affirmari videatur.

Ad ſecundum, licet maior ratio ſit prohibendi tranſactionem de publicis criminibus non tamen efficitur, de priuatis trãſigi poſſe, quia, & in priuatis criminibus publicæ vindictæ ratio poſtulat, vt legitimis pœnis vindicentur, non autem, vt trãſactionibus & pactionibus aboleantur.

Ad tertium argumentum, licet in poteſtate noſtra ſit, actionem iniuriarum, & ſimiles paciſcendo remittere, quatenus ea res priuatum noſtrum commodum cõcernit, non tamen ſequitur, id etiam nobis licere, vt criminalem inſtitutam accuſationem paciſcendo deſeramus.

Altera eſt controuerſia: Quis ſit ſenſus verborum illorum, [*Citra falſi accuſationem.*] Veterum interpretum communis eſt expoſitio ac ſententia, his verbis crimen falſi exceptum eſſe, ita vt ſententia legis ſit, de crimine falſi tranſigi poſſe: Adſtipulantur huic interpretationi Iacob. Cuiac. *lib. 6. Obſeruat. Iuris, cap.* 11. & Antonius Gouean. *lib. 1. variarum lectionum, cap.* 30. quibus & ipſe lubens ſubſcribo, & idem ſentit Connanus, *lib. 5. c. 7.*

Probatur autem de crimine falſi tranſigi poſſe, ex l. penult. C. de tranſact. ex l. 7. C. ad legem Corneliam, de falſis, & ex l. 2. C. de his, quibus vt indign. Porro illud verbũ (*Citra*) idem aliquando valere, quod præter, ſatis patet ex l. vlt. ff. de calumniator. & ex l. vnica. §. Extraneum. C. de rei vxoriæ actione.

Cæterum ab hac communi ſententia diſceſſerunt Anton. Faber, *lib. 2. coniectur. cap.* 20 & Alciatus *in Comment. huius loci*, qui exiſtimant, ſenſum eſſe; neminem tranſigere poſſe de publicis criminibus, qui pœnam ſanguinis non ingerunt, ſine accuſatione falſi, quia ſcilicet, de falſo accuſari poterunt. Illud verbum (*Citra*) idem aliquando ſignificare quod (*Sine*) probat. leg. 2. C. Sẽtentiam reſcindi non poſſe, l. 6. ff. de Curat. furioſ. & ſatis notum & certum eſt. Porro calumnia & præuaricatio, quæ ex tranſactione detegitur, falſi ſpeciem habere videntur, *l. 1. § 1. & §. Præuaricatorem. ff. ad Turpill.* & lex fallaciter accuſantes hos appellat, *l. vlt. C. de Abolitionib.*

Pro confirmatione autem huius ſententiæ Anton. Fab. adfert hæc argumenta.

Primum, quia falſi crimen dicitur eſſe capitale, *l. 1. & l. 5. C. ad legem Corneliã, de falſis.* Vnde inter crimina non capitalia, hoc in loco recenſeretur, ſi prior expoſitio valeret, quia videlicet, exciperetur crimen falſi ab aliis criminibus non capitalibus, quod cum abſurdum ſit, nec bona videtur eſſe illa expoſitio.

Secun-

Secundum argumentum eſt ex l. 1. §. An accuſationem, verſicul. At quin Papinianus. ff. ad Turpilian. vbi mulier ad falſi accuſationem non admittitur, quæ ſuam, vel ſuorum iniuriam non perſequitur, etſi deſiſtat, non tamen punitur. Ergo, ſi ad accuſationem admitteretur, punienda eſſet, ſi deſiſteret, *iuxta leg. Si fœmina. C. eodem titul.*

Tertium argumentum eſt ex l. Quæſitum ff. ad Turpil. vbi is, qui minatus ſe falſi crimen obiecturum: etſi poſtea non obiiciat, non punitur. Ergo à contrario ſenſu, ſi obiiciat, & poſtea deſiſtat, puniendus eſt.

Ad leges, quæ afferuntur ad probandum de crimine falſi permiſſam eſſe tranſactionem, reſpondet Faber, eas loqui cum de falſo inſtrumento agitur, hoc eſt ciuiliter non autem cum de crimine falſi, ſcilicet, criminaliter. Ad quam reſponſionem ita Cuiacius loco annotato: [*Circumſcribor*, inquit, *niſi ſubueniãt ſynceri Iudices. Quid ſit de falſo tranſigere intelligo. Quid ſit de inſtrumẽto dubiæ fidei tranſigere, ſi hoc non eſt de falſo inſtrumento tranſigere, ſane non intelligo.* Cui Faber. *Reprehendendi*, inquit, *ſunt, qui ſcribunt ſe non intelligere, quid ſit de crimine falſi tranſigere, ſi aliud ſit, quam de falſo inſtrumento tranſigere*, & paulo poſt, *aut ſi hæc differentia non ſunt, ego plane non intelligo, quid ſit illud, quod ſcriptum eſt in l. De fide, C. de falſis, ei qui de fide inſtrumenti quærat, duplicem litigandi viam tributam eſſe, per accuſationem, & priuatam diſceptationem.*]

Reſpondeo hæc argumenta non obſtare. In primis enim, vt dicebat Cuiacius, Iure non probatur, eum de falſo accuſari poſſe, qui de crimine tranſigit, quod ſi accuſari poſſet, cur non & puniri? An puniri tales tranſigentes pœna falſi nullibi cautum videtur. Vnde planior eſt prior expoſitio. Nec obſtat id, quod dicitur leges, quibus tranſactio de crimine falſi permittitur, loqui, cum ciuiliter agitur, quia etiam accuſatio criminalis per tranſactionem tollitur, vt patet ex d. l. 7. C. de falſis, ibi; *Facta igitur tranſactione, difficile eſt, vt is, qui prouinciam regit, veluti falſum, cui ſemel acquieuiſti, tibi accuſare permittat.* Illud verum eſt, calumniatores, tergiuerſatores, & præuaricatores, fallaciter agere, nec ſyncera, vt decet, fide ac mente crimina tractare, & accuſationes inſtitutas. Cæterum, eos de falſo accuſari poſſe hanc ob cauſam, haud facile demonſtrari poteſt.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, falſi crimen capitale non eſſe, eo ſenſu, quo capitale accipitur in hac lege, nempe, cum pœna mortis infligitur. Etenim pœna falſi eſt deportationis & publicationis bonorum, *l. 1. §. Pœna falſi. ff. Ad legem Corneliam, de falſis*, nec mortis pœna locum habet, niſi magnitudo rei id exigat, *vt in l. Vbi crimen, 22. C. eod. tit. & in l. 1. ff. ad leg. Cornel. de Sicar. & ſimilibus.*

Ad ſecundum reſpondeo, non poſſe illud argumentum à contrario ſenſu recte ſumi, quia repugnat text. *in l. 4. ad Turpilian.* vbi expreſſe dicitur: Mulierem, quæ propriæ iniuriæ cauſſa falſi crimen denunciauit, deſiſtentem, Turpiliano Senatuſconſulto non teneri. Ex quo argumentum aliud ſumitur, tranſactionem de crimine falſi valere.

Reſpondet Faber, textum dictæ l. 4. corrigẽdum eſſe, deeſſe enim illi negationem, quia ſcilicet, Papiniani lex eſt, qui à Marciano in dicta l. 1. verſic. At quin Papinianus, in eam ſententiam citatur, Mulierem deſiſtentem non puniri, ſi falſi accuſationem non iniuriæ propriæ, nec ſuorum cauſa inſtituerit. Verum huic emendationi repugnat fides omnium librorum, & quæ aduerſus eam emendationem late diſputat Robert. Aurelian. *Recepta iuris Ciuilis lect. lib. 1. cap. 25.*

Non obſtat text. in d. l. Si fœmina. C. ad Turpilianum, quia non loquitur de crimine falſi, ſed de fœmina, quæ ſuam, vel ſuorum iniuriam accuſatione proſequitur.

Ad tertium reſpondeo, licet textus in l. Quæſitum, iſtud velit, vt qui minatus eſt ſe crimen falſi obiecturum, deinde non obiecit, non pertineat ad Senatuſconſultum Turpilianum, non tamen infertur, iſtud quoque velle, vt qui illud obiecerit, & poſtea tranſegerit, ad illud Senatuſ-

conſult.

conſultum pertineat, quia huic interpretationi & argumento, leges omnes aduerſantur, quibus de crimine falſi tranſigi poſſe conſtitutum eſt.

Tertia eſt cõtrouerſia. Vtrũ facta tranſactione de crimine, Reus accuſari, & puniri poſſit pœna ſanguinis. Etenim Bart. *in d. l. Tranſigi, n. 7.* id negare videtur, necnõ Curt. Iun. *nu. 29.* Sed in contrarium ſe habet cõmunis Doctorum ſententia. *Vide Clarum, in §. fin. q. 58. verſ. Sed pone, Anton. Gomeſ. de delictu, c. 3. n. 55. & nouiſſime Farinatium lib. 1. Commun. queſt. criminal. q. 4. nu. 34.*

Probatur hæc communis ſententia ex l. Qui cætu. §. vltim. ff. ad l. Iuliam, de vi publica, ibi. [*Etſi Pater iniuriam ſuam, precibus exoratus, remiſerat, tamen extraneus ſine quinquennij præſcriptione Reum poſtulare poterit,*] & ex l. 2. C. de Abolition. ibi. [*Redemptæ miſerationis vox minime admittatur, ſed aduerſus nocentem Reum, inquiſitione facta, competens pœna ingeratur.*]

Vnum autem hoc adferri poteſt argumentum pro contraria ſententia: Cũ tranſactio de crimine capitali ſit permiſſa, eam potiſſimum ob cauſam, vt ſanguinẽ ſuum quis redimere poſſit, conſequens eſſe videtur, tranſactione facta, pœnam ſanguinis euitari, alioquin fruſtra facta eſſe videbitur.

Reſpondeo, hoc non ſequi ſimpliciter, & abſolute, ſed eo duntaxat in caſu, quo nemo alius de crimine inquireret & accuſaret: nam tranſactio facta ad hoc valet, vt primus accuſator, qui tranſegit, nec proſequi ſemel inſtitutam accuſationem, neque nouam inchoare poſſit, obſtat enim ei trãſactio. Cum itaque non ſemper Accuſatores noui reperiantur, nec ſemper ex officio Iudex inquirere poſſit maleficia, non raro accidet, vt ad euadendam ſanguinis pœnam plurimum tranſactio profutura ſit, cum ſcilicet, nullus alius erit accuſator, nec Iudex inquiſierit ex officio.

CAPVT X.

De conciliatione l. Cum mota, C. de tranſactionibus, cum l. ſi conſtituta. ff. de Inoffic. Teſtam. & an ex tranſactione oriatur actio.

S*I inſtituta de inofficioſo teſtamento accuſatione, de lite pacto tranſactum eſt, nec fides ab herede tranſactioni præſtatur, inofficioſi cauſſam integram eſſe placuit.*] Sic Vlpian. At contra Imp. Alex. [*Cum mota inofficioſi querela,* inquit, *Matrẽ veſtram cum diuerſa parte tranſegiſſe, ita vt partem bonorum ſuſciperet, & à lite diſcederet proponatis, inſtaurari quidẽ ſemel omiſſam querelam per vos, qui Matri heredes extitiſtis, Iuris ratio non ſinit. Verum ſi fides placitis præſtita non eſt, in id, quod intereſt, diuerſam partem recte conuenietis.*]

Prima eſt ſolutio nonnullorum interpretum; Vlpianum loqui de eo, qui tranſigit; vt nempe querelam inſtaurare poſſit, ſi tranſactionis fides non ſeruetur: Alexandrum vero de tranſigentis hærede. Quę ſolutio non ſatisfacit, quia ex perſona hæredis, conditio non mutatur obligationis, *l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig.*

Secunda eſt ſolutio, in ſpecie de qua loquitur Vlpianus, tranſactionem factam fuiſſe ſub conditione; ſi ſcilicet id, quod promiſſum erat, ſolueretur: Ideo ſi non præſtetur, integra manet actio. In ſpecie vero Alexandri, non ſub conditione factã fuiſſe, ſed ſub modo, ideo querelam inſtaurari non poſſe, licet quod promiſſum eſt, non detur.

Non mihi probatur hæc ſolutio, quia meram continet diuinationem.

Tertia eſt ſolutio. Vlpiani legem correctam eſſe ab Alexandro, quæ ſolutio minus eſt probabilis; tum quia Vlpianus à Cõſiliis Alexandri Cæſaris fuit, ſicut author eſt Lãpridius; tum quia non eſt inducenda legum correctio, niſi exprimatur, *l. Præcipimus, in fine. C. de appellationib.*

Quarta eſt ſolutio Alciati, *lib. 5. Paradox. c. 6.* Vlpianum loqui de tranſactione facta nudo pacto, vt patet ibi, [*de lite pacto tranſactum eſt,*] Alexandrum vero loqui de tranſactione,

ctione, quæ renunciationem continet, vt patet ex illis verbis; [*Et à lite diſcederet.*] Videtur autem efficacior eſſe renunciatio, quàm nudum pactum, *vt notatur in l. Poſtquam liti, C. de pactis.*

Hæc ſolutio non videtur mihi ſolida, quia omnis tranſactio, etiam nudo pacto interpoſita hoc efficit, vt à lite diſcedatur, & ſic renunciationem continere videtur. Quare Angelus à S. Ioanne, meritò *in Antiparadox.* hanc ſolutionem impugnat.

Quinta ſolutio deduci poteſt ex diſtinctione Duareni, in Comment. ad tit. C. Si aduerſus venditionem. [*Cùm quæritur*, inquit, *qua actione ſubueniatur actori, ſi reus tranſactionem ſeruare nolit, diſtinctionem ſeruandam eſſe, quæ eſt in l. Siue apud, & l. Vt reſponſum, & in l. Cùm mota. C. de Tranſact. Aut enim acceptilatione actio ſublata eſt, & tunc ſi aduerſarius nolit conuentis ſtare, non ideo poteſt actor agere actione veteri per acceptilationem extincta, quia in perpetuum ſublata obligatio reſtitui non poteſt; ſi verò pactum ſit, ne peteretur ſine acceptilatione; ſi debitor nolit conuentis ſtare, tunc actor poteſt agere prima actione.*] Itaque ſic dicere poſſumus Vlpianum loqui, cùm nudo pacto facta eſt tranſactio, quod veriſſimum eſt, Alexandrum verò cùm tranſactio facta eſt interueniente acceptilatione.

Ceterùm, vt non prorſus huic expoſitioni aſſentiar, illud efficit, quod nullum verbum obſeruare licet apud Alexandrum, quo ſignificetur in ea ſpecie acceptilationem interpoſitam fuiſſe.

Poſtrema igitur ſolutio, quæ mihi cæteris probabilior videtur, eſt Hieronymi Tornielli, *ad Rub. de verbor. obligat. num.* 144, quam & Angelus à S. Ioan. *loco annotato* excogitaſſe videtur, nempè in ſpecie Vlpiano propoſita, ita fuiſſe tranſactum & conuentum, vt à querela inofficioſi teſtamenti recederetur, aduerſarius verò aliquid daret, ſed in ſpecie Alexandro propoſita, conuentum fuiſſe, vt certa bonorum pars tranſigenti, & querelam remittenti, daretur, de quibus agebatur in accuſatione inofficioſi teſtamenti, ideo hoc poſteriori caſu querela inſtaurari non poteſt: Nam querela ipſa inofficioſi teſtamenti, quæ vniuerſa bona vindicabat, per tranſactionem factum, reſciſſa eſt, ac diuiſa in hunc modum, vt ſcilicet, pars bonorum debeatur querelam remittenti, altera verò pars poſſeſſori cedat. Quare, ſi accuſatione inſtaurata, omnia bona peterentur, pacti obſtaret exceptio, ex quadam æquitate, quemadmodum in l. Si maior. 36. C. de tranſactio. habetur, Exceptionis æquitatem proficere, vt nihil ampliùs peti poſſit; quàm quòd tranſactionis placito promiſſum eſt; quæ ratio in priore caſu locum non habet. Etenim, vt Torniellus dicebat, in ſpecie iſta, is, contra quem inofficioſi querela fuit inſtituta, promittendo actori partem bonorum de quibus agebatur, aliquid actori præſtitit, quia iam non ampliùs exceptionibus ſuis vti quoad illam partem, poteſt, & ideo actor debet eum conuenire, vt partem bonorum promiſſam tradat, non autem ipſam tranſactionem infringere. At in ſpecie d. l. Si inſtituta, nihil reus conuentus præſtitit, ideo d. ratio ceſſat, & iure tranſactio reſcindi poteſt.

Porrò Alexander dicit, [*ad id, quod intereſt, actionem præſcriptis verbis competere, ſi tranſactioni verborum obligatio ſubiecta non eſt.* quòd quemadmodum conſiſtere poſſit, ſumma ratione controuertitur, ſiquidem ex tranſactionis placito actionem non competere, proculdubio ſit ex l. Cùm proponas, 21. C. de pact. & ex l. Siue apud acta. C. de tranſact.

Reſpondet Bart. *in d. l. Siue apud acta.* tranſactionem actionem parere ex parte Rei conuenti, vt ſi quid ei promiſſum fuerit, actionem habeat ad illud conſequendum; ex parte verò Actoris, actionem non competere, quia non adimpleuit contractum ex parte ſua, etſi enim tranſigendo promiſerit ſe ampliùs non acturum, agere tamen ſemper poteſt, ſaltem de facto. Si dicatur immò ipſi Actori datur actio in ſpecie, *d. l. Cùm mota. & in l. ſi pro fundo. C. eod. tit.* Reſpondet Bartol. primò actionem illam datiuam eſſe, non natiuam; quæ ſolutio nihil valet vt benè explicat Alciat. *in d. l. Cùm proponas, ad finem. C. de pact.* Secundò reſpondet, eas leges intelligendas eſſe, cùm Actor

C tranſi-

tranſigendo aliquid promittit, quod perfectè adimpleri poteſt, vt purà, ſi promittat Reum liberare, & eum liberet.

Sed nihil valet hæc ſolutio, aut ego fallor, nec enim habenda eſt ratio eius, quod de facto fieri poteſt, & quantumuis actor reum liberauerit, poteſt ſemper de facto agere, & meram continet diuinationem iſthæc expoſitio. Quare ſic ego reſpondendum iudicarem, ex tranſactione quidem actionem regulariter non dari, ſed excipiendum eſſe ab hac regula hunc caſum, cùm ſcilicet, Actor ad primam, & veterem actionem redite non poteſt, *vt in ſpecie d. l. Cum mota*. Ratio euidentiſſima eſt, quia ſi actionem non haberet ad petendum, id quod ſibi tranſactione facta promiſſum fuit, omni prorſus remedio deſtitutus eſſet, ipſeque tranſactioni ſtare cogeretur, & Aduerſarius nihil omninò ſeruaret, nec enim actione veteri conueniri poſſet, nec actione vlla ex placito tranſactionis compelli ad ſtandum tranſactioni, quæ quidem eſſet maxima iniquitas, & iniuſtitia: iure igitur hoc in caſu ex tranſactione ad id quod intereſt, agitur.

Capvt XI.

Controuerſia duæ ad interpretationem, l. Si quis maior, C. de Tranſact.

NON leuis neque parui momenti controuerſia eſt, An quod in l. Si quis maior. C. de Tranſact. conſtitutum eſt, in omni contractu locum habeat.

Affirmant autem locum habere in comment. d. l. Bart. Alexan. Iaſ. Iacob. & Corti. quorum fundamentum eſt, quia textus non ſolùm de tranſactione loquitur, verùm etiam de omni alia pactione, vt patet ex illis verbis: [*Si quis maior, &cæt. aduerſus pacta, vel tranſactiones, &cæt.* Item ex illis: *Reſtituta pœna quæ pactis probetur inſerta.* Item ex illis: *Careat emolumento, quod ex pactione, vel tranſactione fuerit conſecutus.* Item ex illis: *Qui nomina noſtra placitis inſerentes, &c.*] Omni autem contractui pactum ineſſe videtur, quia nihil aliud eſt, niſi duorum pluriumve in idem placitum & conſenſus, l. 1. ff. de pact. Huc accedat, rationem legis ad omnem alium contractum extendi, illa enim eſt ratio, quia veniens contra tranſactionem Iureiurando confirmatam, periurus eſt, atque ideo infamis, & conſequenter omnibus pœnis in lege expreſſis obnoxius. Quæ ratio ſimili modo obtinere debet in cæteris contractibus, in quibus iuriſiurandi religio contemnitur, & violatur.

Sed contrariam ſententiam ſecuti ſunt Riminal. Purpurat. & Alciat. in comment. eiuſdem loci, ſequentibus argumentis.

Primum, quia lex odioſa eſt: & pœnam continet valdè grauem, vnde ad Tranſactionem, de qua principaliter loquitur, reſtringenda eſſe videtur. Odia enim reſtringi oportet, & fauores ampliari, cap. Odia, de regul. iur. libro ſexto, & interpretatione legum pœnæ molliendæ ſunt, non autem exaſperandæ, l. Interpretatione. ff. de pœnis.

Secundum argumentum. Lex intelligenda eſt ac interpretanda; ita vt titulo congruat, ſub quo eſt poſita, l. Imperatores, ff. de in diem addictio. Sed hæc lex poſita eſt ſub tit. de Tranſactio. Ergo de Tranſactione accipienda eſt, non autem de alijs contractibus.

Tertium argumentum eſt ex eo, quod inter cæteras pœnas in eum à lege conſtitutas, qui contra Tranſactionem fecerit, illa connumeratur, vt ea quæ accepit, reſtituat. Hæc autem pœna Tranſactioni potiſſimùm conuenire videtur, quę ſemper fit aliquo dato, vel retento, l. Tranſactio, C. de Tranſact.

Quartum argumentum eſt ex l. penult. C. de dignitatibus, libro 12. vbi patet, eum, qui contra iuramentum fecit, in pecuniarijs cauſſis, infamiæ pœnam non incurrere, quam tamen incurreret, ſi locum haberent pœnæ huius legis in omni promiſſione iurata.

Quintum argumentum eſt ex eo, quod in Tranſactione quædam ſpecialis ratio ſuadere videtur, vt locus ſit huiuſmodi pœnis, vt ſcilicet, pœnarum metu Tranſactionum placitis ſtetur. Nullus enim erit litium finis, ſi à Tranſactionibus bona fide interpoſitis, cœperit facilè diſce-

lè diſcedi, l. Fratris. C. de Tranſactio.

Ergo hac in re non ignoro, ſententiam priorè loco relatam frequentioribus Doctorum ſuffragijs receptam eſſe, vt patet ex notatis à Matthesilano, ſingul. 50. ab Alexand. conſ. 85. libro primo, Decio 452. Corneo 40. lib. quarto, Guido. Papa, conſil. trigeſimoprimo, & ſingul. 620. Ruin. conſil. 198. lib. 1. Caſſiodor. deciſ. ſecunda, tit. de Iureiur. Roland. à Valle in conſil. 31. lib. 2. Hyppol. Riminald. in conſil. 124. & alijs paſſim.

Cæterùm, in acerrima diſputatione crediderim poſteriorem ſententiam fortioribus argumentis fixam eſſe. Aut enim hanc conſtitutionem ad cæteros contractus porrigendam eſſe exiſtimamus, quia verba id ſuadeant, vtpotè cæteros contractus amplectentia; aut verò quia ratio legis id à nobis exigat. Primum vix demonſtrari poterit, quia verbum, pactionis cuius in textu frequens eſt mentio, ſua natura omnem contractum non complectitur, ſed ſolam ipſam tranſactionem, nudamque conuentionem ſignificat; non autem eam, quæ in ſpeciale nomen contractus tranſit, Id tam luculenter demonſtrat Duarenus in comment. ad l. primam, ff. de pactis, & libro ſecundo Anniuerſariarum diſputat. cap. 8. Vt cæteris id demonſtrandi facultatem præripuerit. Vnde ad omnem contractum illud verbum pertinere non poteſt, ſed ad tranſactionem tantùm, vt & in l. vbi pactum. C. eodem titul. Si verò ipſam legis rationem contemplemur, nihil minus cogitandum nobis videbitur, quàm de ea ad cæteros contractus omnes extendenda, ſi quidem lex dura eſt, perquam ſeuera, & pœnalis, vt vocant, & ideo non ita temerè in conſequentiam trahenda. Adde, quòd Alciatus commemorat, ſumma ope legum authores niti, vt tranſactiones ratæ ſint, ne lites finitæ ſuſcitentur, vt nihil mirum ſit, ſi tot propoſitis pœnis ad eas implendas, ac ſeruandas homines inducendos, procurauerint, præſertim iureiurando accedente. Quòd verò in alijs contractibus & cauſis, eædem ſint pœnæ conſtitutæ, aduerſus iuſiiurandi contemptam religionem, nec in legibus noſtris adnotaui, nec adduci poſſum vt credam, propter elegantem, & præclaram conſtitutionem, l. 2. C. de Reb. cred. & Iureiur. & l. vlt. ff. de crimine ſtellionatus. Quibus ita ſe habentibus, argumenta contrariæ ſententiæ refutatione particulari opus non habent, vt patet.

Secunda eſt controuerſia. Vtrum ea conſtitutio Mulieres quoque trãſigentes comprehendat? Negant Fulgoſ. in comment. huius legis, & alij quos commemorat Gabrielius commun. concluſ. titul. de Tranſactio. concluſ. prima, numer. 3. quia vt locum habeat hæc lex, dolus requiritur, ſecundùm communem omnem ſententiam. Nam periurium non committitur abſque dolo: Ream enim linguam non facit, niſi rea mens, cap. Homines, cap. vltim. §. Epiſcopus, 22. quæſt. 2. cap. 2. ead. cau. c. quæritur. §. Item opponit, ead. cauſ. & quæſtio. Omnes autem pœnæ propter periurium ab ipſa lege conſtitutæ ſunt. A dolo autem præſumpto mulier excuſatur, l. prima, §. vltim. ff. de edendo. Cùm itaque dolus requiratur, & in muliere non præſumatur, ſequitur dicendum, eam lege iſta non comprehendi. Huc accedat, quòd iuris ignorantia excuſat à dolo, l. Sed ſi lege. §. Scire autem, ff. de petit. hæred. l. Si quis in graui. §. Si quis ignorans. ff. ad Syllan. Mulier autem præſumitur ignorare iura, l. Reg. ff. de iuris & facti igno. Caſt. in conſil. 132. lib. 1. Decius in conſil. 351. in fine. Menoch. de præſumpt. lib. 2. Præſumpt. 3. Denique mulier propter ſexus fragilitatem plerumque mitiùs quàm vir punitur, l. Sacrilegij. ff. ad legem Iuliam peculatus, Tiraq. de legibus connubialib. lib. 1. num. 69.

Cæterùm & mulierem hac lege teneri, affirmant Iaſon hoc in loco, & alij ab Antonio Gabrielio commemorati loco annotato, quorum argumenta duo ſunt præcipua. Alterum ex illis verbis legis: *Si quis maior*, &c. quæ verba tam maſculum quàm fœminam comprehendunt, l. 1. ff. de verbor. ſignific. Alterum, quia mulier non excuſatur in ijs, quæ ſunt contraria iuri naturali, l. 2. C. de in ius vocan. Iaſon in l. vltim. ad fi-

ad finem, C. de iuris & facti ignoran. Sed promiſſa non obſeruare, iure naturali repugnat, l. 1. ff. de conſtitut. pecun. Similiter & iuſiurandi religionem violare, argum. l. Veluti, cum lege antecedenti. ff. de Iuſt. & Iure.

Tertia eſt ſententia Hieronymi Cagnoli ita diſtinguentis. Aut mulier directò venit contra Tranſactionem, litem inſtaurando, ſeu aduerſus eam Principi ſupplicando: & tunc prior ſententia locum habeat. Aut non directè contra Tranſactionem venit, ſed non obſeruat ipſum Tranſactionis placitum, & tunc poſterior ſententia locum habeat.

Ego verò eorum ſententiæ magis accedo, qui affirmant mulierem hac lege teneri. Sicut & aliis legibus tenetur, vt in l. Si quis id quod, ff. iuriſd. omn. iudic. & declarat ibi Iaſ. & Menoch. de recuperanda poſſeſſ. remed. 9. num. 9.

Nec iuris ignorantia mulierem excuſat, præterquam in caſibus à lege expreſſis l. vltim. C. de iuris & facti ignor. Tiraq. de pœnis legum, cauſa 9. in fine, & cauſa 11. num. 23. Præſertim verò, vbi aliquid delinquit contra ius naturale, vel ius ciuile, clarum, & manifeſtum, ſicut illud eſt, pacta & conuenta eſſe ſeruanda, vt declarat Alciatus de Præſumpt. regul. 3. Præſumpt. 30. Quod verò dicitur in l. 1. §. vlt. ff. de Edend. non Edenti ex mandato Prætoris, eſſe ſubueniendum, ſexûs & ruſticitatis habita ratione, nihil obſtat: quia iuſſus Prætoris in ea ſpecie, non iuris rigori, ſed æquitate ſolâ nititur, ex his quæ tradunt Alciatus reg. 1. præſumpt. 39. & Menochius de recuperan. poſſeſſ. remed. 9. number. 22. 23. Quare non ita dure aduerſus muliebrem ſexum agendum fuit, vt aduerſus alios, cùm qualis qualis ratio ſit pro muliere eo caſu, nempe iuris ipſius rigor.

Caput XII.

Aliæ duæ controuerſiæ de eadem re.

Non deſunt qui exiſtiment, ea quæ ſancita ſunt in ſupradicta l. Si quis maior. C. de Tranſact. etiam ad Vniuerſitatem tranſigentem pertinere, ita enim docuit Iaſ. in Comment. d. l. Et ita etiam reſpondit in conſil. 118 lib. 1. Eo argumento, quod illa verba, *Si quis*, Vniuerſitatem quoque continere videantur, vt in l. Nihil. ff. ad Macedonianum, iuncta l. 1. ff. eod. lib. & in l. item ait prætor, iuncta l. Ergo ſciendum. ff. ex quibus cauſis maiores. Nam Vniuerſitas vicem ſuſtinet perſonæ, l. Mortuo. ff. de Fideiuſſoribus, & cùm agitur de periurio coercendo, facilè extendenda eſſe videtur hæc lex, ex traditis in Auth. Sacramenta puberum. C. Si aduerſus venditionem.

Sed iſtis ego non aſſentior, quemadmodum neque Hieron. Cagnol in interpretatione eiuſdem legis, neque Decius in l. Si familia. ff. de iuriſdict. om. iud. neque Auguſt. Beroius in conſil. 8. num. 36 lib. 3.

Fundamentum meum eſt, quia lex loquitur de maiore viginti quinque annis, Vniuerſitas autem minori comparatur, l. Reſpub. C. ex quib. cauſ. Maiores, l. Remp. C. de Iure Reipub. lib. 10. item quia periurium, propter quod omnes pœnæ imponantur, ligat ipſam animam. Vniuerſitas autem vtiſe, non dicitur habere animam. Vnde nec excommunicari poteſt, c. Romana, de ſententia excommunicationis lib. 6. & declarat Ludou. Roman. in conſil. 400. Denique aut Tranſactio facta eſt per Procuratorem Vniuerſitatis, aut per ipſoſmet homines Vniuerſitatis. Vtroque caſu dicitur eſſe facta non ſolùm à maioribus vigintiquinque annis, verumetiam à minoribus ſiue nomine, tam maiorum quàm minorum, cùm in Vniuerſitate ſint tam maiores quàm minores. Sed minores vigintiquinque annis comprehendere non poteſt hæc Conſtitutio. Ergo comprehendet duntaxat maiores; Si maiores tantùm comprehendat: Ergo non Vniuerſitatem, quia Vniuerſitas conſtat ex maioribus & minoribus. Ex quibus patet, nec locum eſſe extenſioni, quia verba non patiuntur, nec obſtare leges in contrarium allegatas, quia loquuntur in caſibus, in quibus eam extenſionem nihil impedire poteſt.

Magis dubia eſt altera controuerſia, in qua diſputari ſolet, Vtrum hæc lex locum habeat, vbi iuramentum Tranſactioni non acceſ-

acceſſit; ſed fides tamen data eſt & interpoſita, vt plerumque in Germania fieri ſolet.

Prima eſt ſententia affirmantium, ita Specul. in tit. de Arbitr. §. vlt. verſ. Sed pone, quod compromiſſum. & ibi Ioan. And. & Bald. Felin. in c. 2. de Sponſalib. Alex. Iaſ. & Cagnol. ad d. l. Si quis maior. And. Gaill. lib. 2. Obſer. c. 59.

Fundamentum eſt, quia iuramentum, & promiſſio ſub fide æquiparantur, c. Ad aures, extr. de his, quæ vi metuſue cauſſa fiunt, ibi, [*Niſi forte iuramento, vel fide interpoſita &c.*] c. Peruenit, de Fideiuſſorib. c. Quieſcolam, Ne Prælati vices ſuas, &c.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt: Ioan. Imola, in d. Cum te xploro. De Arbitris, num. 2. Alciat. & Aretin. in d. l. Si quis maior. Rota Romana deciſ. incipiente: Vtrum violator iiſal. de pact. in deciſ. Biſigneti, & deciſ. 38. in antiquis. Anton. Gabriel. commun. concluſ. tit. de Tranſactio. concluſ. vnic. 19. & ante omnia Gloſſ. in c. penultim. de Iureiurand. Quibus adſtipulatur text. in c. Cum quiſſum, extra de ſponſalibus. ibi; [*De contrahendo matrimonio fidem dedit, & ſi cum ea intra biennium, per verba de præſenti contracturum, præſtito iuramento firmauit, &c.*] Quibus verbis inſinuari videtur, non eſſe idem omnino iuramentum, & fidei præſtationem. Huc accedat, quod textus loquitur de Tranſactione facta inuocato diuino nomine, & cum de pœnis grauiſſimis agatur, videtur lex eſſe reſtringenda ad eam ſpeciem, de qua expreſſe loquitur, iuxta l. interpretatione, ff. de pœnis. quamuis alioqui iuramentum, & fidei præſtatio pariter obligarent.

Mihi de hac re cogitanti ſemper placuit doctrina Alciati, ad rubr. extr. de iureiurand. num. 51. & Couarruuias ad rubr. de Pactis, in 1. p. relect. § 2. poſt num. 2. Nempe fidem duobus modis accipi, Vno modo pro fide Nobiliſtis, nempe pro dictorum, conuentorumque conſtantia, ab eo dicta, quod fiat, quod dictum eſt. Alio modo accipi pro fide Chriſtiana: ſi primo modo accipiatur, fidesque in Tranſactione interponatur, procul dubio eſt, ad eum caſum l. Si quis maior. non pertinere, quia loquitur, vbi Iuramentum eſt interpoſitum. Fides autem ſic accepta non eſt iuramentum. Si vero ſecundo modo accipiatur, tunc crediderim eam vim habere iuramenti, & idcirco ad eam ſpeciem producendam eſſe Conſtitutionem, de qua agitur. Quod ſi in obſcuro eſſet, An fidei interpoſitio iuxta priorem, an vero iuxta poſteriorem ſenſum Tranſactioni ſubiecta fuiſſet, nihil proponi video, cur exequendæ eſſent pœnæ huius legis, aperte loquentis eo caſu, quo iuratum eſt, in eum, qui fide præſtita tranſegiſſet, quinimo ad periurium euitandum, benigniore interpretatione adhibita, ad priorem ſenſum referrem ipſam fidei interpoſitionem, ſicuti Couar. loco annotato diligenter explicat. Porro Canones allatos pro priore ſententia, ſic accipio, vt loquantur de fide, ſecundum poſteriorem ſenſum, quo in caſu eam iuramento comparari, ipſe quoque affirmo, atque contendo.

CAPVT XIII.

Alia Controuerſia de eadem re.

Controuertitur etiam, Vtrum pœnæ huius legis committantur ab herede tranſigentis. Affirmat enim Caſtren. *in conſil.* 13. *lib.* 2. & Socin. *in conſil.* 38. *libro* 3. eo argumento, quod cum obligatio principalis in hæredem tranſeat, videatur etiam tranſire debere acceſſoria, quæ ex iuramento contrahitur, ac conſequenter omnis pœna, quæ infertur ex iuramenti violatione, præſertim, quia hæres videtur eſſe vna, & eadem perſona cum defuncto, vnde & Iuſiurandum à defuncto præſtitum ſeruare tenetur, *vt in §. ium Authent. de iureiurand. à moriente præſtito.* Denique hæres oneribus hæreditariis eſt obſtrictus, *l. Si duo. ff. de acquirend. hered.* illud autem eſt onus in præſenti, vt tranſactioni pareatur, aut ſi non pareatur, locus ſit pœnis, de quibus in hac lege.

Cæterum, contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, quam Cagnolus hoc in

loco defendit, & late D. Iacob. Menoch. *in conſ. 355. lib. 4.*

Fundamentum autem illud eſt ſolidum, quoniam iuramentum eſt perſonale, id eſt, obligat animam & perſonam ipſius iurantis, quoad effectum periurij, ita ſcilicet, vt is, qui iurat, ligamentum obſeruare teneatur, alioqui periurus fit, & grauiter peccet, hæres autem iurantis huiuſmodi vinculo periurij non tenetur, quia ipſe non iurauit: conſequenter iuriſiurandi religionem non contemnit: *Ita docent Canoniſtæ omnes, in cap. Veritatis, de iureiurando, ſicuti declarat optime Couarruuias in cap. Requiſiuiſti, ſub num. 2. extra, de Teſtamentis.* Quare, licet hæres teneatur ſeruare ipſum iuramentum à defuncto præſtitum, & omnia alia ſubire hæreditatis onera, ſicuti optime probat contrariæ ſententiæ argumentum, non tamen ſequitur, eundem obſtrictum eſſe periurij vinculo, atq; adeo iis pœnis, quæ propter periurium ſunt impoſitæ. Quæ cum ita ſint, palam eſt, eas pœnas aduerſus hæredem locum non habere, quæ hac legẽ exprimuntur. Omnes enim ad periurium vindicandum conſtitutæ ſunt in contractu tranſactionis.

Poſtremo controuertitur, ſitne locus purgationi moræ, ſaltem ex iuris Canonici æquitate ad euadendas huius legis pœnas. Et locum eſſe reſpondit Alex. *hoc in loco,* Iaſon *nu. 26.* & Ruin. *in conſ. 133. colum. vlt. lib. 1.* quibus adſtipulatur, quod Cagnol. *hoc eod. loco* ſcribit, *nu. 156.* hanc legem, ſcilicet, iure Canonico inſpecto, locum non habere. Sic & nimis rigidam eſſe, ac propterea in praxi non obtinere, reſpondit poſt alios Franciſcus Becius, *in conſ. 106. nu. 24.* & Menoch. *in d. conſ. 355. nu. 1. lib. 4.*

A qua ſententia facit, quod habetur in c. Suam, de Pœnis, & quod notatur in c. Apud miſericordem. 32. quæſt. 1. & in c. Beatus. 12. quæſt. 2.

Verum iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam amplector, cui adſtipulantur quæ tradunt Alexander, *in l. Si inſulam, num. 38. ff. de verb. oblig.* Dec. *in conſil. 452.* Rom. *in conſ. 457.* & alij à Gabrielio citati, *comm. concl. tit. de Tranſactio. concluſ. 1. nu. 33.* quibus adde Hippol. Riminal. *in conſ. 124. n. 69.* & Ruin. *in conſil. 20. lib. 4.*

Fundamentum vero illud ſolidum mihi videtur, quod non ſit inducenda diuerſitas, ac diſſenſio inter Ius Canonicum & Ciuile, niſi expreſſum ſacris Canonibus reperiatur, nam & leges non dedignantur ſacros Canones imitari, & Sacrorum Statuta Canonum Principum Conſtitutionibus adiuuantur, *vt in c. 1. de operis noui nunciat.* Cum igitur inter omnes conſtet, iure Ciuili inſpecto, locum non eſſe purgationi moræ, non debet iure Canonico contrarium decerni Iuriſconſultorum interpretatione. Et parum mouet, quod dicitur, Ius Canonicũ æquitatem amplecti: nam & ius Ciuile illã ſequitur, in omnibus fere cauſis, *l. in omnibus, de Regul. Iuris, l. Placuit, C. de Iudiciis.* Quod vero dicitur in cap. Suam, de pœnis, huc nõ pertinet, quia de tranſactione iurata non loquitur ibi Pontifex: illud non diffiteor, idem reſpõdendum eſſe in tranſactione iurata, quoties quis in minimo deficeret, *vt in d. c. Suam,* ne videlicet ob minimam rem incidat quis in tam graues pœnas. Quæ vero notantur in d. c. Apud miſericordem, & in c. Beatus, locum ſibi vindicant in foro pœnitentiali, ſicuti optime declarant Alexan. Dec. Roma. & alij ſuperius à me citati.

CAPVT XIV.

Sitne aliqua pœna conſtituta ex Iure Ciuili peieranti, Diuino nomine inuocato?

QVæ ſit pœna conſtituta aduerſus eos qui tranſactiones & pactiones iureiurando firmatas, violauerint, ſatis, vt arbitror, explicatum eſt in præcedentibus. Nunc ſe offert inſignis controuerſia, quid ſtatuendum de aliis ſpeciebus, in quibus Iuriſiurandi religio contempta ſit: videlicet, Vtrum aliqua pœna afficiendus ſit periurus? Tractat prolixe hanc cõtrouerſiam, D. Iacob. Menoch. *de Arbit. iud. caſu 319.* ibiq; commemorat Authores, tam qui affirmantem, quam qui negantem ſententiam ſunt amplexi. Ego breuiter argumenta referam;

ram; cum quid ipſe ſentiam, paucis declarabo.

Qui periurio pœnam eſſe impoſitā cenſuerunt, adducti in hanc ſententiam ſunt authoritate l. vlt. ff. de Crimine Stellionatus: [*De periurio, inquit lex, ſi ſua pignora eſſe, quis inſtrumento iurauit, crimen ſtellionatus fit, & ideò ad tempus exulat.*]

Secundò, moti ſunt ex l. Nam ſufficit, ff. de dolo. [*Nam ſufficit, inquit, periurij pœna.*]

Tertiò, eo argumento moti ſunt, quòd exploratum eſt, eum, qui per Principem falſum iurauerit, puniri, *vt in l. ſi duo. §. vlt. ff. de iureiur.* Quare etiam arbitrati ſunt, puniendum eum, qui per Deum peierauerit, [*cùm longe grauius crimen ſit, æternam, quàm temporalem lædere maieſtatem.*]

Denique authoritate Conſtantini Harmenopuli adducti ſunt, *in Epitome, ſeu Promptuario Iuris Ciuilis, lib. 1. tit. de iureiurando.* in hæc verba ſcribentis: [*Si quis iurauerit in re pecuniaria, per genium Principis, & peierauerit, fuſtibus caſtigatus dimittitur. Quicunque autē ex decreto Iudicis, aut aduerſario poſtulante, Iuſiurandum in Eccleſia reciperet, ſacris inuiolatisque contactis Euangelijs poſtea periurij conuicto, lingua abſcindatur, idemq; in teſtibus obſeruetur.*]

Cæterum, qui contrariam ſententiam amplexi ſunt, vnicum fundamentū poſuerunt in l. 2. C. de rebus credit. & iureiuran. vbi Alex. Imperator; [*Iuriſiurandi contempta religio (inquit) ſatis Deum vltorem habet.*]

Reſpondent cōtrariæ ſententiæ Authores, Imperatorem loqui, vbi calore iracundiæ periurium committitur, vt patet ex ſequentibus verbis: ibi, [*Et ſi per Principis venerationem quodam calore fuerit peieratum, &c.*]

Ego ergo omnibus diligenter penſatis, huic poſteriori ſententiæ magis accedo, cuius authores habeo, præter Iacob. Cuiac. *li. 2. Obſeruat. cap. 19.* & alios quamplurimos, quos refert Menoch. *loco annotato.* habeo, inquam, authorem celeberrimum Iuriſconſultum, Præceptorem, ac Promotorem meum Tiber. Decianum *in tract. Rerum criminalium nuper edito, lib. 6. c. 13.* Ita enim iure noſtro ciuili conſtitutum opinor, vt qui per Deum peierauerit, Deum vltorem habeat, qui vero per Principem, vltorem eum habeat Principem, præterquam in eo caſu, quo quis inconſulto quodam calore per Principem peierauerit, ſicuti eleganter explicat ipſemet Imperator *in d. l. 2.* cuius hæc plane ſententia mihi videtur.

Nec difficile eſt ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondere: nam quod attinet ad l. vlt. ff. de crimine Stellionatus, non capitur eius legis ſententia, eum, qui inſtrumento iurauit, ſua eſſe pignora, idcirco puniri, quod falſo iurauerit: nam & abſq; iureiurando crimen Stellionatus committitur, vbi quis hoc modo mentitur, rem alienam velut propriam obligando creditori. Sed ſenſus eſt, de periurio effici crimen Stellionatus, hoc eſt, periurium in eo caſu puniri, tanquam crimen Stellionatus effectum, quemadmodum dicimus, de meo fit tuum. Itaque non diſputat ibi Iuriſconſultus, an periurium ſit puniendum, vt periurium, ſed vt annexum habens aliud crimē, ac in aliud crimē tranſitum faciens, nempe Stellionatus, id quod ante me dixerunt Cuiac. & magis prolixe dominus Decius *loco annotato.*

Quod vero dicitur in l. Nam ſufficit, ff. de Dolo, nihil obſtat: quia hoc tātum dicit ſufficere periurij pœnam, ſcilicet apud Deum luendam, quem periurus ſatis vltorem habet, vel ſi per Principem falſe iuretur, pœnam ſufficere, quam Princeps ipſe conſtituet.

Quare nihil obſtat, quod dicebatur tertio loco, eum puniri qui per Principem peierauerit, quoniam id fatemur, & puniendum etiam à Deo grauiter non dubitamus eum, qui per Deum peierauerit.

Authoritas denique Harmenopuli nihil mouet: quia loquitur de periurio in Eccleſiis commiſſo. Secundo, quia legem non habemus, cuius ipſe meminit. Tertio, quia eius ſententia vim legis non obtinet, magiſq; deferendum eſt Imperatori Alexandro, ſatis aperte pronunciant, iuriſiurandi contemptam religionem, ſatis Deum vltorem habere.

CAPVT

CAPVT XV.

Vtrum in cauſis criminalibus iuramentum in ſupplementum probationis deferri poſſit à iudice?

IN cauſis criminalib. decidendis, vtrum iuramento ſuppletiuo ſit locus, variæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ.

Prima eſt Accurſij, *in l. In bonæ fidei, C. de reb. credit. & iureiur.* etiam in cauſis criminalibus locum eſſe huiuſmodi iuramento: nam cum textus dicat, in bonæ fidei contractibus, & cæteris cauſſis, inopia probationum per Iudicem cauſſa cognita rem decidi oportere, is interpretatur illa verba, vt & delictorum cauſas comprehendant. Pro cuius ſententiæ confirmatione adfert text. in l. 3. ff. de iureiurand. vbi Iuriſconſul. ait: [*Quacunq; autem actione quis conueniatur, ſi iurauerit, proficit ei iuſiurandum, ſiue in perſonam, ſiue in rem, ſiue in factum, ſiue pœnali actione, vel quauis alia agatur, &c.*]

Secunda eſt opinio Bart. Caſtrenſ. Iaſonis, Sichardi, & aliorum communiter, *in Comment. eiuſdem l. In bonæ fidei*, in cauſſis criminalibus non eſſe locum huiuſmodi iuramento. Fundamentum eſt, quia in criminalibus probationes debent eſſe luce meridiana clariores, *l. vlt. C. de probat.* & neceſſe eſt, vt quis confeſſus, vel conuictus ſit, ad hoc vt condemnari poſſit, *l. qui ſententiam, C. de Pœnis.* Et nemo ex ſuſpicionibus damnandus eſt, *l. Abſentem, ff. de Pœnis.*

Tertia eſt ſententia Ludouici Romani, *in l. Admonendi, n. 104. ff. de iureiur.* & aliorum quos commemorant Menochius *de Arbitr. Iud. Caſu 464. n. 7.* & dominus meus Cephalus, *in conſ. 141. nu. 21. lib. 1.* Si actor ſemiplene tantum, aut minus quam ſemiplene probauerit, non eſſe deferendum iuramentum in ſupplementum probationis: ſi vero plus quam ſemiplene probauerit, deferendum eſſe. Fundamentum eſt in c. vltim. de iureiuran. in illis verbis: [*Niſi iudex inſpectis perſonarum, & cauſæ circumſtantiis, illud actori videat deferendum.*]

Quarta eſt ſententia Cyni, *in d. l. In bonæ fidei*, Butrij *in d. c. vlt. de iureiur.* & aliorum quos commemorat dominus Cephalus *in d. conſil. 141. num. 20.* Si de pœna corporali agatur, iuramentum non eſſe deferendum, ſecus autem ſi de pœna pecuniaria. Argumento text. in d. l. in bonæ fidei. ibi, [*Et in cæteris cauſis.*]

Quinta eſt ſententia in cauſſis criminalibus Reo deferendum eſſe iuramentum, ad ſuam innocentiam purgandam, non autem Actori, argumento tex. in d. c. vltim. de Iureiur. ibi, [*Præſumptione vero faciente pro illo Reo deferri poteſt ad oſtendendam ſuam innocentiam, iuramentum.*] Idē probat text. in Auth. Nouo iure, C. de pœna iudic. qui male iudicauit. Huius ſententiæ authores diligenter à Menochio commemorantur, *de arbitr. iud. d. caſu 464. num. 10.*

Poſtrema eſt ſententia Angeli, *in d. l. in bonæ fidei.* ſi de crimine criminaliter agatur, inſtituta, ſcilicet, accuſatione ad publicam vindictam; non eſſe locum huic iuramento; ſecus autem ſi ciuiliter agatur, inſtituta ſcilicet, actione ad priuatam vtilitatem.

Hanc poſtremam ſententiam iuri magis conſentaneam exiſtimo, atq; ita interpretor l. 3. ff. de iureiurand. & c. vlt. eod. tit. de cauſſa criminali ciuiliter intentata, intelligantur: id quod ſignificat verbum, actionis, vtroq; in loco vſurpatum, nempe in d. l. 3. ibi. (*Pœnali actione*) & in d. c. vlt. ibi, (*Famoſa actione*) vbi enim criminaliter agitur, dicitur potius accuſatio quam actio, *l. de crimine, C. ad legem Corneliā de falſis.* Et ſane in cauſis criminalib. ita ſeruatur, vt ſiquidem Reus ſit confeſſus, vel conuictus, condemnetur, *l. qui ſententiam; C. de pœnis.* Si vero non ſit confeſſus, neque conuictus, ſed tamen multis argumentis oppreſſus ſubijciendus eſt tormentis, ad eruendā veritatem, *l. 1. verſ. Ad tormenta, ff. de quæſtio.* Quod ſi torqueri non poſſit, tunc vel pœna extraordinaria afficitur, ſi argumenta, & indicia ſint magna; vel abſoluitur. Illud non diffiteor, & purgationis iuramentum hoc in caſu aliquando deferri, ſicuti declarat optime Iul. Clar. *in § fin. quæſt. 63.* & late de hoc iuramento purgationis Andr. Gaill. *lib. 2. de Pace publica, cap. 7.* Porro verba illa text. in

l. In

l. In bonæ fidei, [*& in cæteris cauſis,*] de ſimilibus cauſis pecuniarijs accipienda eſſe non dubito.

CAPVT XVI.

Vtrum, vt iuramentum poßit in ſupplementum deferri, neceſſe ſit, id ipſum à litigatoribus peti.

SED vtrum neceſſe ſit, à litigatoribus id peti, vt iuramentum ſuppletorium deferatur, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim petendum id eſſe à litigatoribus, Authores ſunt Bart. *in l. Admonendi, colum. vltim. & ibid.* Iaſ. *in Repetit. num. 316. ff. de iureiurand.* & alij quos refert Ioſeph. Maſcard. *de prob. volum. 2. concluſ. 956. numer. 46.* Fundamentum eſt in ea Regula, quæ docet, iudicem officium ſuum non impertiri, niſi petenti, l. 4. §. Hoc autem iudicium, ff. de damno infect.

Sed contrariam ſententiam, nempe neceſſe non eſſe, vt id petatur, imò verò peti non debere, ſed à iudice ex officio deferendum eſſe, probare videtur Panorm. *in c. vltim. §. Sanè de iureiur.* Et fundamentum eſt in d. §. Sanè & in l. in bonæ fidei C. de reb. cred. & iureiur. nec non in l. Admonendi, ff. eod. tit. quibus in locis dicitur, iudices in cauſ. dubijs probationum inopia, iuramentum deferre ſolere, & ſecundum eum pronunciare, qui iurauerit. Quod ſi à litigatione petatur, deferendum non videtur, quoniam vltrò id petens, reddit ſe ſuſpectum, *argum. l. qua omnia. §. 1. de procur. & l. vxori, §. 1. ff. ad leg. Cornel. de falſis.*

Tertia eſt ſententia, & id peti à litigatoribus poſſe, & à iudice deferri debere, licèt non petatur, ſi id expedire, & æquitati conſentaneum eſſe cognouerit. *Ita Alexander in conſil. 53. colum. vltim. lib. 1.* Et hæc ſententia videtur mihi veriſſima. Probatur autem, tum ex legibus ſuperius allegatis pro confirmatione ſecundæ ſententiæ, tum ex eo quod iudex interrogare poteſt litigatores in iudicio, vbicunque æquitas id poſtulauerit, *l. Vbicunque. ff. de Interrogatorijs actionibus.* Tale autem iuramentum perquam ſimile videtur eſſe Interrogationi, etenim iudex petit ab altero ex litigatoribus, an iureiurando affirmare velit verum eſſe, quod ipſe in iudicio contendit. Quare nihil obſtat regula l. 4. §. Hoc autem iudicium, ff. de damno infecto. cùm ad eruendam veritatem ſatis conſtet, iudicem multa ex officio decernere poſſe. *Vide Alexand. in d. §. Hoc autem iudicium, num. 18. Nattam in conſil. 166. num. 23. & Iaſ. in l. vbi pactum, num. 11. & 12. C. de Tranſact.* Quòd verò litigator id petere poſſit, mihi videtur ſatis certum & exploratum, ea ratione, quod nulla lege id prohibeatur, & quod iuris æquitati conſentaneum appareat. Neque verò ſuſpectum ſe reddit id poſtulans, cùm de cauſa propria contendat & litiget, nec peieraturus præſumatur, & id ipſum ex legibus didicerit, cauſas inopia probationum iureiurando decidi ſolere.

CAPVT XVII.

De tempore quo huiuſmodi iuſiurandum deferendum ſit, Controuerſia duæ.

CÆTERVM vt intelligatur, quo tempore deferendum ſit huiuſmodi iuramentum litigatoribus, duæ ſunt breuiter expediendę Doctorum controuerſię. Vna, an poſt concluſionem in cauſa peti à litigatoribus poſſit, vt deferatur. Altera, ſi ante concluſionem in cauſa petitum id non fuerit, vtrum à iudice nihilominus deferri poſſit. *Tractant has quæſtiones Bart. Bald. Salicet. & alij in l. in bonæ fidei, C. de rebus cred. & iureiurand. Iaſ. in l. Admonendi, in Repetit. num. 318. ff. eodem tit. Andr. Gaill, Practic. Obſeruat. lib. 1. cap. 108. Maſcard. de probat. volum. 2. concluſ. 956. num. 46. & 47.*

Quod attinet ad primam, duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ; altera affirmans, altera verò negans. Affirmat Salicetus, quem multi alij ſunt ſecuti. Negant Bartolus & Baldus, quibus non deſunt adſtipulatores.

Fundamentum Saliceti eſt in l. Generaliter, C. de rebus credit. & iureiur. [*Omne igitur iuramentum,* inquit, *ſiue à Iudicibus, ſiue à*

partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipſa definitiua ſententia, ſub ipſo iudice detur.] Huc accedat ratio: quia litigator ante concluſionem in cauſa, ſcire non poteſt, an iuramento ſuppletorio ſit opus, ſed id demum intelligit, cum nil amplius probari & produci poteſt, quia videlicet in cauſa concluſum eſt.

Fundamentum autem Bartoli, Baldi & ſequacium illud eſt: quia poſt concluſionem in cauſa, nil amplius produci poteſt ad probandum, *c. cum dilectus, de fid. inſtrum. Authent. Atqui ſemel, C. de probat.* Ergo nec tale iuramentum offerri poſſe videtur, quia offertur ad ſupplendam probationem.

Ad d. l. Generaliter, reſpondent, eam loqui, quando ante concluſionem in cauſa petitum eſt à litigatore tale iuramentum deferri. Id ſuadetur ex illis verbis textus: [*Omne iuramentum, ſiue à partibus, ſiue à iudicibus illatum, &c.*] Ad rationem Saliceti, reſpondent, nihil impedire litigatorem, quo minus poſt publicatas atteſtationes, deliberare poſſit, an tali iuramento ſuppletorio indigeat.

Mihi Saliceti Sententia veriſſima eſſe videtur, non tamen eo argumento, quod ipſe ſumit ex d. l. Generaliter, quia non deciditur in ea lege, Iuramentum peti poſſe, vt deferatur poſt concluſionem in cauſa, ſed de hoc deciditur ea lege, ſiue initio cauſæ offeratur iuramentum, ſiue in medio, ſiue in fine, illud eſſe ab eo ſubeundum, cui eſt delatum, ne ſi moriatur, hæres, qui iurare non poteſt, ea probatione deſtituatur. Moueor itaque altero argumento, quo ipſe vtitur, nempe ante concluſionem in cauſa, deliberare non poſſe litigatorem, an tali iuramento opus habeat. Non obſtat quòd dicitur, eum deliberare poſſe poſt publicatas atteſtationes, quia id falſum eſt, cum & poſt publicatas atteſtationes vſque ad concluſionem in cauſa multa produci poſſint. Moueor præterea hoc argumento: Omni tempore litigatori licet iudicis officium implorare, vt id decernat, quod æquitatis ratio poſtulat, præſertim, cùm initio litis, omnis litigator petat ſibi iuſtitiam adminiſtrari. Sed æquitatis ratio hoc poſtulat, vt in dubijs cauſis inopia probationum, cauſa iureiurando delato decidatur, *vt patet ex d. l. bonæ fidei, ex d. l. admonendi, & ex d. c. vlt. de iureiur.* Ergo nihil proponitur, cur omni tempore litigator id petere non poſſit.

Ad contrariæ ſententiç argumentum reſpondeo. Nihil noui producere eum, qui iuſiurandum ſibi deferri poſtulat, implorat enim iudicis officium, & eum admonet, ſi cauſa dubia ſit, & iureiurando decidenda; ſibi potius, quam aduerſario deferendum eſſe iuſiurandum.

Quod attinet ad alteram quæſtionem, duæ ſimiliter ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ, altera affirmans, altera negans. Ego affirmantem ſententiam, quæ in ipſa Imperiali Camera magis eſt recepta, teſte Andr. Gaill. *loco ſuperius annotato*, veriſſimam eſſe iudico. Primò, quia, vt & in præcedenti dictum eſt, nec litigatores, neque iudices ſcire poſſunt ante concluſionem in cauſa, vtrum iuramento ſuppletorio ſit opus. Secundò, quia vbicunque æquitas ſuadet, iudex interrogare poteſt, *l. vbicunque, ff. de interrogatorijs actio.* Tertiò, quia iudex cuncta rimari & perquirere debet, vt pro iuſtitia cauſæ finem imponat, *l. iudices, C. de iudicijs, cap. iudicantem, 30. quæſt. 5.* Quarto ex eo, quod habetur in cap. Cùm Ioannes, de fide inſtrument. in illis verbis. [*Non obſtante, quod interrogatio à iudice facta fuerit, poſtquam à partibus exitus in cauſa concluſum, cum iudex vſque ad prolationem ſententiæ debeat vniuerſa rimari, & poſſit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit.*]

Contrariç ſententiç argumenta nihil obſtant. Primum eſt, niſi à parte petatur, tale iuramentum deferri à iudice non poſſe. Sed hæc ſententia falſa eſt, & confutata in præcedenti capite. Alterum eſt argumentum, quòd poſt concluſionem in cauſa, non ſit amplius locus probationibus. Reſpondeo, id verum eſſe, ſi agatur de probationibus teſtium, vel inſtrumentorum: ſed quò minus iudex iureiurando cauſam decidere poſſit, nihil impedire poteſt concluſio in cauſa, neque enim hæc eſt probatio litigatoris, ſed iudicis potius ad veritatem inueſtigandam prouiſio.

Capvt XVIII.

Cui deferendum ſit iuramentum ſuppletorium, Reo an Actori.

NON eſt prætereunda quæſtio illa ſatis olim, & nunc etiam controuerſa, cui ſit deferendum iuramentum ex litigatoribus, quod ſuppletorium appellamus, Reo, an Actori. Sunt enim qui Actori, ſunt qui Reo deferendum putant, ſunt qui iudicis arbitrio id mandent. *Vide Iaſonem copioſè diſſerentem hac de re, in l. admonendi, in Repetit. numer. 314. ff. de iureiur. & Franciſc. Duaren. lib. 2. Anniuerſ. Diſput. cap. 33.*

Qui eſſe deferendum Reo cenſuerunt, ſequentibus argumentis vtuntur. Primum eſt ex d. l. Admonendi, vbi patet, Iuramentum delatum fuiſſe Reo. Secundum eſt ex cap. vltim. eodem tit. vbi ſimiliter Reo ad purgandam innocentiam deferendum eſſe S. Pontifex mandat. Tertium illud eſt, quia fauorabiliores ſunt rei, quam actores, *l. Fauorabiliores, de reg. iur.* Quartum eſt, quia poſt publicatas atteſtationes, non licet actori nouos teſtes producere ſuper eiſdem capitulis, *vt in Authent. At qui ſemel, C. de probat. & in Clement. 1. de teſtibus.* Ergo multo minus producere ſe ipſum in teſtem licebit, quod fit cùm iuramentum Actori defertur, & is iurat, videtur enim eſſe teſtis in cauſa propria, *iuxta l. vltim. C. de fideicommiſſ.*

Qui verò actori putant deferendum, illud fundamentum habent, quòd defertur tale iuramentum ex inopia probationum, *l. in bonæ fidei, C. de rebus cred. & iureiurand.* Hoc autem ſic interpretantur, cùm videlicet Actor ſemiplenè probauit, ita vi magna ſit præſumptio contra Reum, tunc Actori deferendum eſt iuramentum in ſupplementum ipſius probationis, quæ illi deeſt.

Tertiæ denique opinionis fundamentum eſt in c. vlt. §. Sanè, de iureiurand. in illis verbis: [*Niſi iudex facti, & perſonarum circumſtantijs conſideratis, actori deferendum eſſe putauerit.*] Vnde S. Pontifex indicare videtur, hanc rem ex arbitrio iudicis pendere.

Ego hac in re ſic ſtatuto, Actori, qui ſemiplenè probauit, deferendum eſſe iuramentum in ſupplementum probationis, in cauſis pecuniarijs, ſi Reus nil probauerit, quo actoris intentio excludatur, vel obſcuretur; & in locis, in quibus ſum verſatus, ita ſemper obſeruaui, & ab alijs ſeruatum vidi, & hoc ſummam habet æquitatem, & rationem, quia ex ſemiplena probatione facile iudex inducitur ad opinandum meliorem eſſe actoris, quam Rei cauſam, cùm videt reum nihil prorſus præſtitiſſe, ſed duntaxat actoris intentionem negare; Abſoluere reum non poteſt, nec debet, quia eſt pene conuictus; eundem condemnare ſimpliciter non debet, quoniam Actoris intentio plenè probata non eſt, Quid ergo faciet? Ex probationis inopia iureiurando cauſam decidet, *d. l. in bonæ fidei.* At cui deferet iuſiurandum? Reone? Nequaquam. Primò, quia iam ſuſpicatur ipſe iudex, ac penè certus eſt, eum mentiri, & actorem vera dicere; Secundò, quia nulla eſt ratio, vt potius reo iuranti in cauſa propria credat, quam actori, qui iam de ſuo iure aliqua ex parte docuit, & pro quo maior eſt præſumptio, quam pro reo. Deferet ergo actori potius. At contra, inquit Duarenus, Actore non probante, Reus abſoluitur, *l. qui accuſare, C. de edendo.* Concedo, ſi nil probauerit actor; At hic probauit, licet non plenè. Quare, & ſi iuſiurandum eius acceſſerit, plena & ſufficiens erit probatio, aut Duarenus cum legibus pugnet, quæ in dubijs cauſis ex inopia probationem iureiurando rem decidendam eſſe ſtatuunt. Sed, inquit Duarenus, reo potius deferendum eſt, ex dicta l. Admonendi, quæ hoc probat, non autem vulgarem illam opinionem, iuramenti ſuppletorij, vbi actor ſemiplenè probauit. Reſpondeo illam legem hanc vulgarem opinionem non probare, ſed alias leges, nempe regulam generalem d. l. in bonæ fidei, & text. in d. c. vltim. §. 1. de iureiur. quatenus ibi Pontifex dicit; [*Niſi iudex Actori potius deferendum putauerit.*] Si enim actori deferendum aliquando eſt, hoc ſanè in caſu, quo ſemiplenè probauit, deferendum erit, ſicuti communis ſententia, &

forenſis vſus docent. Quòd ſi pares hinc inde ſint probationes, & reus aliquid præſtiterit, quo cauſa dubia reddatur, non dubito, quin reo potius, quam actori deferendum ſit, *autoritate d.l. admonendi, & d.c. vltim.* §. 1. *de iureiur.*

Capvt XIX.

De iuramento delato à parte parti, in iudicio, an recuſari poßit, ſi illud deferens nil probauerit.

SOlent etiam litigatores, iuſiurandum inuicem offerre in Iudicijs; Vnde controuertitur, ſi Actor nil probauerit, & Reo iuſiurandum obtulerit, an is iurare compellatur, aut ſoluere, niſi iuſiurandum referre maluerit. Affirmant Paulus Caſtrenſis *in l. iuſiurandum & ad pecunias* §. *ait prætor. ff. de iureiur.* Alex. & Iaſ. *in l. manifeſtæ. ff. eod.* Duarenus, *in Comment. ad tit. de iureiur. cap.* 3. Negant verò Specul. Socin. & alij, quos commemorat Maſcard. *de probat. volum.* 2. *concluſ.* 957. *numer.* 7. Ego affirmantem ſententiam amplectendam cenſeo, multarum legum authoritate. Inprimis ex l. Tutor, ff. de iureiur. [*Tutor pupilli,* inquit Paulus, *omnibus probationibus deficientibus, iuſiurandum deferens, audiendus eſt.*] Secundò ex l. vltim. C. de fideicommiſſ. vbi hæres iurare compellitur, ſi fideicommiſſum aliunde probari non poſſit. Tertiò ex l. Generaliter, C. de reb. cred. & iureiur. vbi dicitur, etiam in principio cauſæ (quo ſanè tempore nondum eſt probatum) iuſiurandum offerri poſſe. Quartò ex l. vltim. §. Licentia, C. de iure deliberandi. Quintò ex l. Manifeſtæ, ff. eod. tit. vbi non diſtinguitur, an Actor probauerit, necne, ſed manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſſe dicitur, nolle iurare, aut iuramentum referre. Nam is, cui iuramentum offertur, teſtis, & iudex in propria cauſa conſtituitur, *vt in l. vltim. C. de fideicommiſſ.* Quare, ſi iurare recuſet, confiteri videtur ſe malam cauſam habere. Poſtremò ex l. Delara, C. de rebus credi. & iureiur.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ; Actore non probante, reus abſoluitur, etſi nihil præſtiterit, *l. qui accuſare, C. de eden. c. vltim. de iureiur.* Reſpondeo: Verum eſt in hoc ſenſu, quod videlicet, Reus nil probare tenetur: Veruntamen, ſi ei iuſiurandum offeratur, tenetur iurare.

Secundum argumentum; Si Actor plenè probauerit, non tenetur iurare, licet ei offeratur iuramentum à Reo, cap. 2. de probat. Ergò neque Reus iurare tenetur, vbi actor nil probauit. Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia, quia cum Actor plenè probauit, iam de iure ſuo docuit, nec iuramento indiget, quia cauſa eſt ſatis liquida, ſed vbi nihil probauit, & is contendit ſibi deberi, Reo id negante, res eſt dubia; vnde iureiurando oblato decidenda eſt.

Poſtremum argumentum; Probationes non ſunt ſumendæ de domo Rei, *l. Nimis graue, C. de teſtibus.* Sed hic ſumuntur, ſi Reus cogatur iurare, ergo. Reſpondeo, non ſumuntur probationes, ſed Iudex & teſtis efficitur in cauſa propria ipſe Reus. Quod ſi recuſet, in manifeſta turpitudine & confeſſione verſatur, præſertim, cùm poſſit illud referre, vnde de iniuria conqueri non poteſt, *l. iuſiurandum & pecunias, ff. de iureiur.*

Capvt XX.

De eodem iuramento. Vtrum, ſi Reo offeratur ab Actore, qui conatus eſt ſuam intentionem aliter probare, & non probauit, ſit neceſſario ſubeundum.

SED & controuerſi Iuris eſt: Actor probare conatus eſt ſuam intentionem, & non probauit, quamobrem iuramentum ei detulit. Vtrum is iurare teneatur, aut iuſiurandum referre. Etenim affirmant, eum teneri, complures Doctores, *quos ſecutus eſt Senatus Pedemont. deciſ.* 97. *apud Oſaſcum, & nouiſſimè apud Anton. Theſau. deciſ.* 93. *Necnon alij, quos commemorat Maſcard. de probat. volum.* 2. *concluſ.* 957. *num.* 9. Cæterùm negant Ripa, *ad l. Admonendi, num.* 65. *ff. de iureiur.* Decius *in l.* 2. *de probat.* Socin. ſen. *in conſ.* 184. *lib.* 2. Natta *in conſil.* 35. & alij à Maſcardo citati, *loco proximè annotato.*

Sed mihi veriſſima videtur prior ſententia;

tia; primo, quia leges quibus conſtitutũ eſt, vt is, cui Iuramentum defertur ab Aduerſario, illud ſubire cogatur, aut referre, nempe l. Manifeſtæ. ff. de iureiur. l. Delata. C. eod. titul. hæ inquam leges, nulla diſtinctione vtuntur, verum is, qui iuramento offert nixus fuerit probare, nec ne. Secundo, quia legis ratio æque viget vtroque caſu, quod videlicet manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis ſit, Vbi in cauſa propria, teſtis, & Iudex aliquis efficitur, oblato ſibi Iureiurando, nec iurare velle, nec Iuſiurandum alteri referre.

Nec me mouet, cõtrariæ ſententiæ fundamentum, quod eſt poſitũ in l. Si quis iuſiurandum. C. de rebus cred. & Iureiur. Etenim, ille textus loquitur de eo, qui à principio Iuſiurandum obtulit, deinde pœnitentia ductus, cum ſperaret ſe probationes habiturum, illud reuocauit, tandem cum ſe probationibus quoque deſtitutum animaduerteret, an iuramentum rurſum redire volebat; talis inconſtantia & variatio nequaquam toleranda eſt, vnde merito tale iuramentum recuſari poteſt. De hac ſpecie nos non loquimur, ſed de eo qui ſimpliciter conatus eſt probare, nec pluſquam ſemel variauit, imo ne variauit quidem cum & ab initio fortaſſis animum habuerit iuramentum offerendi, ſi probationes deficerent. Sane adferuntur alia nonnulla ſed leuiora argumenta, quod videlicet, actore nõ probante, Reus abſoluendus ſit, & ſimilia, quibus ex his, quæ dicta ſunt in præcedenti capite, reſponſio patet.

CAPVT XXI.

Vtrum, ſi locus relationi iuramenti non ſit, delationi tamen locus eſſe queat.

ALiquando accidit, vt iuramentum referri non poſſit, veluti cum is, qui illud offert, veritatis, ac rei geſtæ ignarus eſt, nam ſi is iuſiurandum Aduerſario afferat, Aduerſarius vero illi referat, iuſtam habet recuſandi cauſam, Vnde quæritur, An ſicut relatum iuſiurandum recuſari poteſt hoc in caſu, ita etiam & delatum. Hæc eſt celebris controuerſia, de qua reſponderunt Aymo Crauet. *in conſil.* 203. & Marcus Anton. Natta, *in conſil.* 35. Crauet. reſpondit, iuramentum delatum recuſari non poſſe, licet referri non poſſit; Contrarium reſpondit Natta, ſi referri non poſſit, nec deferri poſſe. Poſterioris huius ſententiæ illud eſt argumentum, quod leges de tali iuramento verba facientes, plerunque delationi relationem coniungunt, vt nempe is, cui iuramentum defertur, illud referre poſſit, *l. iuſiurandum. § ait Prætor. ff. de iureiur. l. Manifeſtæ. ff. eod. tit. l. Delata. C. eod.* Et quod caput eſt, ait l. iuſiurandum, & ad pecunias ff. eod. titu. [*In omni cauſa iuſiurandum permitti, quia de iniuria conqueri non poteſt, cui defertur, cum poſſit illud referre.*] igitur ſi illud referre non poſſit, vt in propoſita quæſtione, nec deferri poſſe videtur.

Sed mihi probabilior Crauettæ ſententia videtur, quæ crebriori etiam Doctorum calculo probatur, *vt patet ex Menoch. de Arbit. Iud. Caſu* 189. *& in Maſcardo de probat. vol.* 2. *Concl.* 957. *nu.* 16.

Probatur hæc ſententia primum, argumento ſumpto ex l. Iuſiurandum 34. §. Non ſemper. ff. de Iureiur. vbi habetur, iurandũ eſſe ab eo, cui offertur iuſiurandum, licet illud referri non poſſit ad illum modum quo delatum eſt: [*Non ſemper autem*, inquit, *conſonans eſt per omnia referri iuſiurandum, quale defertur*, &c.]

Secundo probatur, quia etiam hoc in caſu viget ratio æquitatis, nempe, quod turpiter quis recuſet teſtimonium ferre in cauſa propria, faterique videtur, ſe malam cauſam habere, cum iurare non audeat.

Tertio, quia non deſunt alij caſus, in quibus referri non poteſt iuramentum, & tamen deferri poteſt; *vt in l. Marcellus. §. 1. ff. de actione rerum amotar. & in cap. vltim. de iureiur.*

Ad Argumentum Nattæ reſpondeo, regulariter quidem eſſe coniunctam relationi delationem, ſed tamen ſi contingat, vt relationi locus eſſe non poſſit, non ideo tamen negandum eſt locum eſſe delationi. Non obſtat illa ratio, quod videlicet

conqueri non poſſit is, cui defertur, cum poſſit illud referre, quia cum referri poteſt, ſine dubio maior eſt æquitatis ratio, ſed tamen etſi referri non poſſit, illa ratio non ceſſat, quod turpiter recuſetur iuſiurandū, cum in cauſa propria iudex, & teſtis is, cui offertur, efficiatur, *l. vlt. C. de fideicom. l. 1. ff. Quarum rerum actio non datur.*

Capvt XXII.

Vtrum Iuramentum recuſari poßit, vbi periculum eſt, ne periurium detegatur.

VBi periculum eſt, ne periurium detegatur, puta, ſi quis teſtes produxit, deinde Aduerſario iuramentum offerat, non deſunt, qui exiſtiment iuramentum recuſari poſſe. *Ita decidit Senatus Pedemont. Deciſ. 11. Oſaſci; & Deciſ. 93. Teſſauri.* Fundamentum eſt in Bartoli doctrina, qui id notat *in l. Iuſiurandum, quod ex conuentione. § vltimo, num. 4. ff. de iureiuran.* Sed pace tantorum virorum, perquam abſurda mihi videtur hæc ſententia, vnde magis aſſentior contrarium docentibus, *videlicet Cranetta, in conſilio 207. & Maſcardo, de probatio. volum. 2. Concluſ. 957. circa finem.* Inprimis enim ſatis conſtat leges hoc præcipere, vt quis non falſum, ſed verum iuret: quamobrem, ſi verum iurauerit is, cui offertur iuſiurandum, non eſt, quod metuat, ne periurium detegatur. Nam ſi teſtium depoſitiones obijciantur, reſpondere poterit, poſteaquam iuratum eſt, non aliud quærendum eſſe, an debeat, necne, *l. Quinta. § Dato. ff. de iureiur.* Si periurij arguatur ex teſtibus, reſpondere poterit, ſe quoque teſtes, & alias probationes producere potuiſſe, niſi placuiſſet cauſam iureiurando decidi. Deinde fieri vix poteſt, vt poſt exhibitas probationes, Iuſiurandum quis offerat Aduerſario, niſi probationibus ipſis magnopere diffidat, ac timeat, ne Aduerſarius ipſe contrariis teſtibus & probationibus eum ſuperet. Quare magis ſuſpicari licet, eum, qui iuſiurandum offert metuere, ne ſuorum teſtium detegatur falſitas, quam eum, cui offertur, de periurio ſolicitum eſſe, ne detegatur. Authoritas vero Bartoli nihilo plus ſuffragatur, quam aliorum. Nulla ſane lex à contraria opinione facere poteſt; Ab hac vero noſtra, generalis militat ratio legis, nimirum manifeſtæ turpitudinis eſſe, nolle aut iurare, aut iuſiurandum referre: & eum, cui offertur, iuſiurandum, aut iurare oportere, aut ſoluere; niſi referre maluerit, *l. Manifeſta. ff. de Iureiuran. l. Delata. C. eod. tit.*

Capvt XXIII.

Vtrum à ſententia Iudicis, Iureiurando cauſam decidentis, liceat appellare.

CErtum eſt eum, qui Iuſiurandum detulit appellare non poſſe, *vt habetur in l. Generaliter. § Sin autem. C. de rebus credit. & Iureiur.* E contrario vero conſtat, eum appellare poſſe, cui iuramentum eſt delatum, ſi videlicet illud præſtare recuſauerit, ac proinde ad ſoluendum condemnatus fuerit, ita enim eſt decifum in d. §. Sin autem. Cæterum, an ſi is, cui iuramentum offertur, Aduerſario ſuo illud referat, atque is iuret, & eius Iuramentum Iudex ſecutus, ipſum, qui retulit, condemnet, vtrum is appellare poſſit à ſententia Iudicis, non ſatis conſtat. Etenim, appellare eum poſſe, cenſuerunt Petrus & Cynus, *in d. § Sin autem,* Imola, *in c. vlt. num. 4. de iureiur.* & alij, quos refert & ſequitur Oſaſcus *Deciſ. Pedemont. 60.* Horum fundamentum eſt in Regula generali, quæ dictat ab omni ſententia permiſſum eſſe appellationem, *l. & in maioribus. C. de appell.* Nec obſtat text. in d. §. Sin autem, quia negat appellādi licentiam ei, qui iuramentum detulit; Recte, & ſumma ratione. Nam is ſpōte elegit hanc viam, vt iureiurando cauſa definiretur: is vero, cui offertur iuſiurandum, non ſponte illud refert deferenti, ſed neceſſitate quadam impulſus, ne videlicet ipſe iurare cogatur, aut ſoluere.

Cæterum, contrariam ſententiam veriorem eſſe non dubito, quam Salicetus *in d. l. Generaliter.* poſt Ioannem & Azonem, eſt ſecu-

ſecutus. Probatur primo: quia eadem ratio eſt in referente, quæ in deferente, nam & ipſe eligit hanc viam ſponte, vt Aduerſarij teſtimonio & iuramento cauſa decidatur, cum liberum ipſi fuiſſet iurare; Iudexq; & teſtis in propria cauſa eſſe; quamobrem de ſe queri, non de iudice debet. Secundo, certum eſt, Iuſiurandum hoc, ſpeciem eſſe tranſactionis, & maiorem Authoritatem habere, quā res iudicata, *l. 2. ff. de Iureiur.* Ergo appellare non licet, quemadmodum nec licet aduerſus tranſactionem ſupplicare, *l. Cauſas & lites. C. de Tranſaction.* Tertio, Iureiurando præſtito, nil aliud quæri debet, nec ſententia retractari prætextu periurij poteſt, *l. 5. §. Dato. ff. eodem titu. l. 1. C. de rebus credit. & Iureiuran.* Fruſtra ergo appellatur. Quarto, ſi Iureiurando cauſa ſit inter partes tranſactione finita, illa retractari non poteſt, etiam ſub prætextu inſtrumenti de nouo reperti, *l. Admonendi, in fin. ff. de Iureiuran.* Ergo nec appellatione interpoſita retractari poterit. Legatarium iurantem excipio, quando ſcilicet ex teſtamento conſtat, legatum non eſſe, relictum, tunc enim detecto periurio, ſententia retractatur & repeti poteſt, quod ſolutum eſt, *l. vlt. C. de reb. cred. & iureiur.* Ratio eſt, quia tale iuramentum, vt dictum eſt, ſpeciem tranſactionis continet. De his autem, quæ ex teſtamento pendent, non aliter tranſactio valet, quam inſpectis & cognitis verbis teſtamēti, *l. de his. ff. de tranſactio.* Ad argumentum in cōtrarium, patet reſponſio ex præmiſſis, quia vt dictum eſt, eadem fere ratio eſt in referente quæ in deferente.

Capvt XXIV.

Vtrum Procurator in cauſis criminalibus ad defendendum admittatur.

Alexander Imperator in *l. 3. C. de Accuſationibus*, ſcribit in hæc verba: [*Reos capitalium criminum abſentes, etiam per Procuratorem defendi, legibus publicorum Iudiciorum permittitur.*] Sed contrarium docet Iuriſconſultus in l. penult. §. Ad crimen. ff. de publ. iudic. [*Ad crimen*, inquit, *Iudicij publici perſequendum, fruſtra Procurator interuenerit, multoque magis ad defendendum,*] & in l. ff. An per alium cauſæ appellationis reddi poſſint. [*Sin autem*, inquit, *non ſit pecuniaria cauſa, ſed capitalis, per Procuratorem agi non licet,*] & in l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. Ad leg. Iul. de Adulterio. [*Ea quæ inter reas adulterij recepta eſt, abſens defendi non poteſt.*] Prima eſt ſolutio Accurtij, reos defendi poſſe per Procuratores, quantum ad hoc, vt eorum abſentiam excuſare Procuratores poſſint, non autem quantum ad hoc, vt innocentiam defendere poſſint. Eiuſdem ſententiæ videri poteſt Iacobus Cuiacius *lib. 5. ſententiarum Pauli, tit. 16.* Dum ait in text. Seruum quoque, §. Publice. ff. de Procurat. legendum eſſe: [*Abſentiam excuſantem*, non autem *Innocentiā excuſantem.*] Neque enim innocentia excuſatione eget, & ad abſentiam tantum excuſandam Procurator admittitur, non autem ad innocentiam oſtendendam.

Sed huic expoſitioni obſtat, quod ipſemet Cuiacius adfert, lib. 20. Obſerua. c. 20. [*Quod ait*, inquit, *l. 3. C. de Accuſat. Reos capitalium criminum abſentes, etiam per Procuratorem defendi, leges permittere publicorum Iudiciorum, vulgo accipiant de abſentia reorū tantū, vt poßint reddita iuſtis cauſis defendi & excuſari, non etiam integra cauſa agi: quæ interpretatio coacta nimis eſt, & improbabilis. Nec enim, ſi de abſentia tantū excuſanda ſenſiſſet, abſolute dixiſſet, defendi, quo verbo ſignificatur plena defenſio.*] Sic ille.

Secunda eſt ſolutio Bartoli, *in d. l. Seruum quoque. § Public.* Procuratorem admittendum eſſe ad innocentiam rei abſentis oſtendendam, ſed non ad totam cauſam peragendam: Eandem ſententiam probat Caſtrenſis *ibid.* Nec non Menoch. *de Arbitr. Iud. q. 80. nu. 98.*

Sed obſtat huic interpretationi, quod tex. in d. §. Ad crimen dicit. [*Fruſtra Procuratorem interuenire, multo magis ad defendendum,*] & idē dicit text in d. l. Miles qui. §. Ea quæ. Defenditur autem is, cuius innocentia demonſtratur.

Tertia eſt ſolutio Briſſonij lib. ſing. de Adult. in verbo: Ne quis inter reos, circa

finem: [*Ad crimen publici Iudicij perſequendum,* inquit, *fruſtra Procuratorē interuenire, multoq; magis ad defendendum, Ciuilis conſtitutio eſt. Cui tamen refragari Alexand. reſcriptū creditur, quod ita eſt, &c. Sed non omnia,* inquit, *capitalia crimina Iudicij publici ſunt. Igitur in priuatorum criminum cauſis defenſor recte interuenit; in publicis Iudiciorum criminibus, non recte interuenit.*]

Verum obſtat huic ſententiæ text. in dicta l. Seruum quoque. §. Publice, vbi dicitur, in capitalibus Iudicij Procuratorem admitti ad defendendum reum, vbicunq; abſens damnari poteſt. Sed in publicis iudiciis capitalib. Reus abſens damnari poteſt, ſicut explicat Cuiacius *lib.* 20. *Obſeruat. c.* 20. Ergo & in his publicis criminibus defendi poterit. Obſtat ſecundo, quod Imperator Alexander *in d. l.* 3. dicit leges iudiciorum publicorum permittere vt Reus per procuratorem defendi poſſit. Si enim leges publicorum iudiciorum id permittunt, ſequitur dicendum, & in publicis criminibus id permittere.

Ego exiſtimarem has leges ſic conciliari poſſe, vt, quod attinet ad dictam legem tertiam. C. de accuſation. & ad l. Seruum quoq;. §. publice. ff. de procuratoribus, accipiendæ ſint illæ de reis abſentibus, vt videlicet in cauſis capitalibus per Procuratorem defendi poſſint, vbicunq; damnari poſſunt. Quod vero attinet ad textum in l. penultima. §. Ad crimen, ille intelligendus ſit de Reo non abſente, ſed præſente, neque enim textus mentionem facit rei abſentis, ſed duntaxat dicit, fruſtra Procuratorem interuenire ad defendendum, quod ego ſic intelligo, ſcilicet ad defendendum eum, qui præſens eſt. Nam Reus præſens auditorio adeſſe debet, non autem, Procuratorem mittere, ac ipſe ſe ſubtrahere, *vt in leg.* 1. *ff. an per alium cauſa appellatio. reddi poſſint, ibi: Sed etſi ea cauſa ſit, &c.* Vnde ſtatim ſubdit Iuriſconſultus, ſed excuſationes abſentium ex Senatuſconſulto, iudicibus allegantur, & ſi iuſtam rationem habent, ſententia differtur. Nihil ergo aliud vult ille textus, niſi cauſas publicorum criminum agitari non poſſe per Procuratores, ſiue agant, ſiue defendant, id, quod etiam docet Iuriſconſultus *in dicta l.* 1. *ff. An per alium cauſa appellationis reddi poſſint.* Verum autem in ſpecie reus abſens defendi poſſit per Procuratorem, non decidit ibi Iuriſconſultus, ſed hoc deciditur ab Alexandro Imperatore, *in d. l.* 3. & à Iuriſconſulto, *in d.* §. *publice.* quamobrem dictæ leges non ſunt contrariæ, ſed vna ponit regulam, altera exceptionem. Regula eſt iſta: Cauſæ publicorum criminum per Procuratorem agi non poſſunt, ſiue agant ſiue defendant reum. Exceptio vero hæc: Reus tamen abſens per Procuratorem defendi poteſt, quoties damnari poteſt; quia publice vtile eſt, abſentes à quibuſcunque defendi, *vt in d.* §. *publice.*

Quod vero attinet ad textum, in l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. de Adulterijs. Illa eſt præclara & vera ſolutio, quam adfert Cuiacius *lib.* 20. *Obſeru. cap.* 20. Quod videlicet in capitalibus criminibus reus abſens defendi poſſit, *vt in d. l.* 3. *C. de Accuſat.* Sed crimen adulterij non erat eo tempore capitale, ſicut optime probat idem Cuiacius *ad l.* 8. *ff. de tranſact. & libr.* 20. *Obſeru. c.* 28. *&* 21. *c.* 27. nec non Briſſonius *lib. ſing. de Adulr. c.* 2. & ſatis patet ex l. Si quis viduam. ff. de quæſtio.

Cæterum Hermannus Vulteius *Scholaſt. diſcrepatio. lib. ſingul. cap.* 11. perpendit contra ſolutionem iſtam textum in d. l. Seruum quoque. §. Publice. Primo, dum inquit: [*Nam & in capitali. Iudiciis defenſio datur, &c.*] Ergo inquit etiam in Iudiciis non capitalibus danda erit, quia illa dictio, Et, videtur ampliare & extendere. Secundo dum inquit text. [*Vbicunq; itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quamuis verba pro eo facientem, & innocentiam excuſantem, audire æquum eſt.*]

Reſpondeo ex illa dictione, (*Et*) non recte deduci illam conſequentiam, quia eſt ſententia Iuriſconſulti: Publice vtile eſſe abſentes defendi. Probatur hæc ſententia à Iuriſconſulto. Nam & in capitalibus Iudiciis, inquit, defenſio datur.

Quod autem in Iudiciis nō capitalibus defenſio detur, non infertur ex illis verbis. Quod vero ſubdit textus: [*Vbicunq; ergo abſens damnari poteſt, &c.*] Non ita generaliter

ter accipiendum eſt, ſed de Iudicijs capitalibus tantùm, de quibus ibi eſt ſermo. Reos enim capitalium criminum abſentes per Procuratorem defendi legibus publicorum Iudiciorum eſt permiſſum. Reos autem criminum non capitalium defendi poſſe, nulla lege demonſtrari poteſt, & contrarium indicat text. *in d.l. Miles qui. §. Ea quę. ff. de Adulterijs.*

CAPVT XXV.

Vtrum Abſens defendi per Procuratorem poſſit in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt conſtituta.

IN criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt impoſita, defendi abſentem reum per Procuratorem non poſſe cenſuit Angel. *in leg. penultim. §. Ad crimen. ff. de publicis Iudicijs.* & eum ſecutus Menoch. *de Arbitr. Iud. quaſt.* 8 o. *num.* 5. Fundamentum eſt in d. §. Ad crimen, vbi generaliter eſt conſtitutum in publicis criminibus, fruſtra Procuratorem interuenire, & multò magis ad defendendum. Sed iſtis ego non aſſentior, quin potiùs contrariam ſententiam amplector, quam ſecutus eſt Marian. Socin. *in c. Veniens, num.* 48. *de Accuſat.* Moueor imprimis authoritate l. 1. ff. An per alium cauſæ appellationis reddi poſſint, in illis verbis: [*Planè ſi pecuniaria cauſa eſt, ex qua ignominia ſequitur, poteſt & per Procuratorem hoc agi.*] Secundo moueor ex eo, quod habetur in leg. Tunc conuenit. C. de Accuſation. ibi: [*Licet in pecuniarijs cauſis per Procuratores litem ſuſtineant.*] & l. 3. C. vbi Senatores, vel Clariſſimi ibi: [*Crimen quidem publicum, priuatumve, cui tamen non per Procuratorem reſpondere liceat.*] His enim verbis innuit textus, aliqua eſſe publica crimina, in quibus Procurator interuenire poteſt. Poſtremò moueor ea ratione, quòd vbi pœna eſt duntaxat pecuniaria, ceſſat cauſa, propter quam Procuratorem agi non poteſt, ſed ipſe reus præſens auditorio adeſſe debet. Nam illa eſt cauſa, quia vbi agitur de pœna capitis, vel alia corporali, ſententia Iudicis reddi poſſet eluſoria, nec executioni mandari poſſet. In Procuratorem enim non eſſe executioni mandanda, quoniam ipſe non deliquit, contra Reum autem abſentem, non facilè executioni mandaretur, quoniam in Iudicis poteſtate non eſſet.

Reſpondent contrariæ ſententiæ Authores, argumenta iſta locum ſibi vendicare in criminibus priuatis, non autem in publicis, in quibus ſpecialiter eſt conſtitutum vt Procurator non interueniat. Sed vt mihi videtur text. in d. §. Ad crimen, quod vnicum eſt contrarię ſententię firmamentum, recipere hanc potiùs interpretationem debet, vt non procedat, vbi pœna eſt pecuniaria, quia in pœnis pecuniarijs Procuratorem admittendum eſſe conſtat, quàm è diuerſo leges, quibus probatur, in pecuniarijs pœnis cauſas agi poſſe per Procuratorem, interpretari debeant, vt non procedant in publicis criminibus. Eſt enim magis congruum, vt locus clarus declaret ac interpretetur obſcurum, quam contra.

CAPVT XXVI.

Quid ſtatuendum ſit in criminibus, quibus pœna relegationis eſt conſtituta.

CÆTERVM in criminibus, quibus pœna relegationis irrogatur, Procuratorem admitti poſſe, ad reum abſentem defendendum cenſuerunt Marian. Socin. *in c. Veniens, colum.* 21. *verſ.* 10. *quæro, de Accuſatio.* & alij: *de quibus per Clarum, in §. fi. q.* 32. *verſ. Hinc eſt, & per Menoch. de Arbit. Iud. q.* 8 o. *numer.* 86. Horum argumenta hęc ſunt. Primum, quia vbi pœna corporalis non eſt impoſita, ſecundum communem Doctorum ſententiam, Procurator eſt admittendus, quaſi ceſſare videatur illa ratio, quæ prohibet Procuratorem admitti. Sed pœna relegationis non eſt corporalis, vt patet. Igitur, &c. Secundum, Vbicunque abſens damnari poteſt, defendi etiam per Procuratorem poteſt, *l. Seruum quoque. §. Publicè, de Procuratoribus.* Sed abſens damnari pœna relegationis poteſt, *l. Abſentem. ff. de pœn.* Ergo & per Procuratorem defendi poterit. Tertium

tiam argumentum ſumitur ex leg. 1. ff. An per alium cauſæ appellatio.reddi poſſint,in illis verbis; [*Sed etſi ea cauſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna vſque ad relegationem, non oportet per alium cauſas agi, ſed ipſum adeſſe auditorio debere, ſciendum eſt,*] Illa dictio, (*vſque*) ſtat excluſiue, ita vt ſenſus ſit: In omnibus pœnalibus Iudicijs Procuratorem reijci, excepto iudicio, pro quo ſola indicitur relegationis pœna. Quod ſi illa dictio ſtaret incluſiuè, pœna religionis enumeraretur inter pœnas capitales, atque ita æquipararetur pœnæ damnationis in metallum, quod falſum eſt.

Sed horum ſententiæ ego non aſſentior, quin potius contrariam amplector, in qua fuerunt Vltramontani Doctores, quos refert, & ſequitur Rubeus Alexandrinus, *in l. penult. §. Ad crimen, numer. 127. ff. de publ. Iud.* & Robertus Aurelianus *lib. 2. ſentent. Iur. c. 3.* Moueor in primis authoritate, l. vltim. C. de Iniurijs, vbi ſpecialiter eſt conſtitutum, fauore perſonarum illuſtrium, vt in cauſa iniuriarum criminaliter mota, defendi per Procuratorem poſſint, quo quidem in caſu pœna eſt relegationis conſtituta, *iuxta l. vltim. ff. eodem tit.* ex hoc enim infertur, alios qui non ſunt illuſtres defendi non poſſe in tali cauſa.

Secundò moueor Authoritate, l. Miles qui §. Ea quæ. ff. ad legem Iuliam, de adulter. vbi patet in crimine adulterij, reum abſentem defendi non poſſe per Procuratorem, & tamen conſtat eo tempore, adulterij pœnam plerunque relegationis fuiſſe, ſicuti declarat Cuiac. *lib. 2. obſeru. cap. 26. & lib. 28. cap. 27.* nec non Briſſonius *lib. ſingul. de adult. c. 2.*

Tertiò moueor Authoritate, l. 1. ff. An per alium cauſæ appellationis reddi poſſint, in illis verbis: [*Sed ea cauſa ſit, &c.*] Neque enim video, quomodo illa dictio, *Vſque*, ſtare poſſit excluſiue, & non potius includat ipſam relegationem. Nam ſi relegationem non includeret, ſequeretur Iuriſconſultum iſtud velle, vt ſi pœna ſit minor relegatione, Procurator non admittatur; ſi verò imponatur pœna ipſa relegationis, velle vt admittatur, quod certè abſurdum eſſe videtur. Nec ex hac interpretatione ſequitur, relegationis pœnam cenſeri capitalem, nam cum Iuriſconſultus dixiſſet, cauſas capitales agi non poſſe per Procuratorem: ne quis exiſtimaret cauſas non capitales, quibus tamen, non pecuniaria pœna eſt conſtituta, ſed relegationis, agi poſſe per Procuratorem, ſtatim ſubdit; [*Sed etſi ea cauſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna vſque ad relegationem, non oportet per alium cauſas agi,*] poſtea de pecuniaria cauſa agens, per Procuratorem agi poſſe reſpondit. Hic videtur mihi verus & germanus ſenſus dictæ legis.

Ad argumenta in contrarium, reſpondeo. Ad primum. Nego communem illam ſententiam locum habere poſſe in pœna relegationis; ſed locum habet duntaxat in pœnis pecuniarijs.

Ad ſecundum reſpondeo, text. in d. §. Publice accipiendum eſſe de cauſis capitalibus, *ſicut dictum eſt in c. 24.*

Ad tertium reſpondeo d. l. 1. ſecundum veram interpretationem, huic noſtræ ſententiæ, maxime fauere.

Capvt XXVII.

Vtrum confeſſus ſe hominem occidiſſe ad ſui defenſionem pœna homicidij condemnandus ſit.

Tractant hanc quæſtionem Panormit. *in c. Auditis, de præſcript. circa fin.* Decius *in c. Cùm venerabilis, numer. 20. de except.* Socin. ſen. *in l. Non vtique. ff. de except.* Anton. Gabr. *commun. concluſ. tit. de Maleficijs, concluſ. 19. numer. 7.* & Franciſc. Sarm. *lib. 1. Select. interpr. c. 1. num. 11.* Et in ſumma, ſi probari non poſſit ea qualitas defenſionis neceſſariæ, ſunt qui dicunt confeſſum eſſe capite plectendum, aliqui verò in mitiorem pœnam procliuiores ſunt.

Huius poſterioris, atque benignioris ſententiæ fundamentum ſtat in eo, quod capitalis ſententia, in quemquam ferri non poteſt, qui non ſit plenè conuictus, vel confeſſus, ita enim Conſtantinus ſtatuit, *in leg. Qui ſententiam. C. de pœnis.* Sed hic non videtur ple-

tur plenè confeſſus homicidium, quia non purè & ſimpliciter confeſſus eſt: ſed ea adiecta qualitate, quod nimirum illud ad ſui neceſſariam defenſionem commiſerit.

Prioris autem ſententiæ ſeverioris illud eſt argumentum, quod homicidium, vtpote grauiſſimum crimen præſumitur eſſe dolo commiſſum: ac proinde, qui allegat ad ſui excuſationem, caſu, & non animo occidendi illud perpetraſſe, probare debet illud ipſum, quod eſt fundamentum ſuæ excuſationis ac defenſionis, vt in l. 1. C. ad legem Corneliam, de Sicar. ibi: [*Qui probauerit non occidendi animo, hominem à ſe percuſſum eſſe, remiſſa homicidij pœna, &c.*] in c. 1. præſumptio. [*Sicut noxius eſt, inquit, qui mittit lanceas & ſagittas in mortem, ita vir, qui fraudulenter nocet amico ſuo, & cùm fuerit deprehenſus dicit, ludens feci.*] Idem probat text. in l. Si non conuitij. C. de iniurijs.

Opinor ipſe, vna cum Alberico, & quibuſdam alijs antiquis, quos *in loco annotato* commemorat Sarmientus, hanc quæſtionem ex facti & perſonarum circumſtantijs definiendam eſſe. Nam ſi is, qui hominem occidit, fuerit vir probus, non rixarum amans, ſed qui conſueuerit honeſtè viuere, & alterum non lædere, occiſus verò contra, rixoſus ſit, nec vitæ admodum laudabilis, hoc in caſu, nunquam in capitis pœnam conſentire poſſem. Cæterùm, ſi occidens contra, eſſet vir malus, vitijs & malis artibus deditus, pœnæ capitali eum facilè adiudicarem. Si coniecturæ omnes ceſſarent, atque in obſcuro res eſſet, nec vlla ex parte aliquod eluceret argumentum neceſſariæ defenſionis, priorem ſententiam, licet magis ſeueram, amplectendam putarem, Authoritate earum legum, quæ ſunt allatæ. Nam ſi ſola excuſatio & allegatio neceſſariæ defenſionis, abſque vlla probatione ſufficeret ad capitis pœnam euadendam, multi eam euaderent, non abſque magno Reipub. detrimento. Pauci enim ſunt homicidæ ac ſicarij, qui non aliquam prætexant excuſationem ſuis facinoribus. Quare hominum malitijs ac ſceleribus via obſtruenda potius, quam aperienda eſt.

Caput XXVIII.

Quid ſi non conſtet de corpore delicti, vt vocant, an confeſſus condemnandus ſit.

Etsi non conſtet maleficium perpetratum eſſe, ſiue, vt Doctores noſtri loquuntur, de corpore delicti non conſtet, confitentem nihilominus condemnandum eſſe reſpondit Alex. *in conſ. 19. lib. 7.* & Ruin. *in conſil. 80. lib. 4.* quorum illud eſt argumentum, quod leges non adhibita illa diſtinctione, an conſtet, vel non de corpore delicti, confitentem eſſe condemnandum, ſtatuunt, *vt in l. Qui ſententiam. C. de pœnis, in l. Seruos. C. ad legem Iul. de vi. in leg. Si quis in hoc genus. C. de Epiſc. & Cleric. in l. Inter pœnas. ff. de Interdict. & Relegatis.* Huc accedat, quod ſi hoc prius conſtare oporteret, ſæpe accideret, vt delicta remanerent impunita, quod non ſemper delicti veſtigium remanere poteſt. Denique *in l. inde Neratius. §. vltim. ff. Ad legem Aquiliam,* ait Iuriſconſultus: [*Non eſſe damnandum eum, qui dicitur hominem occidiſſe, ſi paratus ſit docere eum viuere,*] vnde à contrario ſenſu, damnandus erit, ſi id non probauerit, & ſic neceſſe non eſt probare delictum ipſum fuiſſe commiſſum, ſed qui confitetur eſt puniendus, niſi probet contrarium, hoc eſt, non fuiſſe commiſſum.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quæ communis eſt, *vt patet ex Claro, in §. fin. q. 55. v. poteſt etiam, & in Mynſingero obſeruat. 18. cent. 3.*

Probatur hæc ſententia primum, ex l. 1. §. Dinus. ff. de quæſt. ibi: [*Confeſſiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, ſi nulla probatio religionem cognoſcentis inſtituat.*] Secundò, ex l. 1. §. Item illud. ff. ad Syllanianum, ibi: [*Niſi conſtet aliquem eſſe occiſum, non haberi de familia quæſtionem. Liquere igitur debet, ſcelere interemptum, vt ſenatuſconſulto locus ſit.*] Tertiò, ex l. Inde Neratius. §. vlt. ff. Ad legem Aquiliam, ibi: [*Cæterum occiſum eſſe hominem à quocunque oportet.*] Quartò, ex l. 4. ff. de Confeſſis, ibi: [*Si tamen occiſus ſit homo, ex confeſſione ſua tenetur.*]

Ad primum argumentum reſpondeo, leges, quæ ſimpliciter dicunt, ex confeſſione quempiam eſſe damnandum, inter-

pretandas eſſe ex alijs legibus, quibus dicitur neceſſe eſſe, vt conſtet, hominem ſcelere interemptum eſſe, & ſic delictum fuiſſe admiſſum.

Ad ſecundum reſpondeo, ſententiam communem locum non habere in his criminibus, quæ poſt ſe veſtigium non relinquunt, in quibus caſibus fama publica, querela partis offenſæ, & quæuis alia coniectura ſufficit, vt dicatur conſtare de corpore delicti.

Ad tertium reſpondeo, ſumi non poſſe illud argumentum à contrario ſenſu, quia verba ſequentia textus refragantur, dum dicit: [*Cæterum occiſum eſſe hominem à quocunque oportet.*

Capvt XXIX.

Vtrum ex præſumptionibus aliquis damnari poßit in iudicijs criminalibus.

Vtrvm ex argumentis & præſumptionibus Reus, qui neque confeſſus, neque conuictus eſt damnari poſſit, & quid de eo ſit ſtatuendum, non eſt eadem omnium ſententia. Nam ſunt qui putant, eum eſſe damnandum, non tamen ordinaria delicti pœna; nec deſunt, qui abſoluendum putant: ſunt & qui pęna ordinaria afficiendum eſſe docent. *Vide Franc. Sarmientum lib. 1. ſelect. Interp. c. 1. & Menoch. de præſumpt. lib. 1. q. 79. num. 19. & ſeq.*

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt in nonnullis Iuris Canonici locis, quibus probatur, propter præſumptionès ac ſuſpiciones Reum eſſe puniendum aliqua leuiori pœna, *vt in c. Accedens, de Accuſat. in c. Significaſti, de Adulterijs, in cap. Literas. §. penult. & in c. Afferte, de præſumpt. in c. De hoc. de Simonia, & in cap. Contumacia, de hæreticis, lib. 6.*

Eorum autem qui abſoluendum exiſtimant, fundamentum eſt in l. Qui ſententiam. C. de pœnis, in l. vlt. C. de probatio. & in l. Abſentem. ff. de pœnis. Qui verò pœna ordinaria Reum afficiendum docent, tribus potiſſimum Iuris Ciuilis legibus adducuntur, ex quibus probatur, ex præſumptionibus reum eſſe damnandum, non aliter ac de ipſo crimine plenè conſtaret, *l. Si quis Adulterij, C. Ad legem Iuliam, de Adulterijs, l. 1. c. Ad legem Corneliam, de ſicarijs, l. ſi non conuitij. C. de Iniurijs.* Ego in ea ſum ſententia, vt ex indicijs & argumentis non condemnari reus aliqua pœna, ſed torqueri debeat. Quod ſi conditio perſonæ vel cauſæ id non patiatur, eum abſoluendum eſſe non dubito. Moueor authoritate l. Milites. §. Oportet. C. de quæſtionib. [*Oportet,* inquit textus, *Iudices nec in ijs criminibus, quæ publicorum Iudiciorum ſunt, ad inueſtigationem veritatis, à tormentis initium ſumere, ſed argumentis primum veriſimilibus, probabilibusque, vt etſi ijs, Veluti certis indicijs ducti inueſtiganda veritatis gratia ad tormenta putauerint eſſe veniendum, tunc id demum facere debebant, ſi perſonarum conditio patiatur.* Secundò moueor authoritate l. Vnius. §. Reus. ff. eod. vbi Paulus. [*Reus, inquit, euidentioribus argumentis oppreſſus, repeti in quæſtionem poteſt, &c.*] Non dicit condemnari debet, ſed iterum torqueri, ſi in tormenta animus, corpusque durauerit. Tertiò moueor ex l. Abſentem. ff. de pœn. vbi expreſſum eſt, neminem ex ſuſpicionibus damnandum eſſe.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ, quæ extraordinaria pœna coercendum docet reſpondeo, Canones ad id probandum allegatos, de perſonis Eccleſiaſticis accipiendos eſſe, quæ ſi infamia laborauerint, purgare ſe debent, aut certè ſuſpendi ab officio, ſiue aliter puniri, ne videlicet, qui ſacra Dei adminiſtrant, occaſionem vllam ſcandali cæteris pariant. Igitur, in conſequentiam dicti Canones trahendi non videntur ita generaliter ad omnes caſus, præſertim cum in cauſis & perſonis laicis, quibus eſt iam diſputatio præcipua, Iure Ciuili ſit conſtitutum, quæſtionibus reum eſſe ſubijciendum.

Ad argumentum verò ſeuerioris opinionis, quæ videlicet pœnam ordinariam hoc in caſu indicit, reſpondeo, Tres leges inductas ad id probandum ſufficientes non eſſe. Nam quod attinet ad l. Si qui Adulterij, ibi ita ſpecialiter conſtitutum eſt in odium eorum, qui cognationis velamento, celare adulterium ſtuduerunt. Vnde ad alios.

lios omnes caſus generaliter id producendum non videtur. Quod vero attinet ad alias duas leges, illæ non probant ex præſumptionibus, quemquam eſſe damnandum, ſed iſtud volunt, vbi conſtat crimen eſſe commiſſum, reum eſſe condemnandũ, niſi ipſe probauerit, quæ ad ſui defenſionẽ allegat, veluti ſe caſu occidiſſe, vel iniuriandi animum non habuiſſe.

CAPVT XXX.

Cum quis allegat ſe occidiſſe ad ſui defenſionem, quomodo id probare debeat.

CVm quis allegat, ſe ad ſui defenſionem hominem occidiſſe, nonnulla eſſe videtur controuerſia, quomodo teſtibus id probare poſſit. Nam ſunt qui hoc exigunt, vt teſtes dicant, ad neceſſariam defenſionem hominem fuiſſe occiſum. Et ſunt, qui arbitrentur ſufficere, ſi ſimpliciter teſtes dixerint, quempiam occidiſſe ad ſui defenſionem. Prioris ſententiæ Authores ſunt Baldus *in l.1.C.de confeſſ.colum.15.verſ. Item tu Aſſeſſor.* Roman.*ſingu.28.* Felin.*in c.ſignificaſti, col.5.de Homicidio.* Vaſquius *controuerſ.illuſtr. cap.18.nu.6.* Andr.Gaill. *de Pace publica lib.1. cap.16.nu.3.& 4.* Poſterioris autem ſententiæ Authores ſunt Bartol.*in conſ.110. Quidam Maſiolus,* Iaſon *ad l.vt vim.num.3.& ibid.* Dec. *nu.17.ff.de iuſt.& iur.* & alij, *quos refert & ſequitur Clarus in §.Homicidium,verſ. Sed quomodo probatur.*

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum ex l.Scientiam.§.Qui cum aliter. ff.ad leg.Aquil. [*Qui cum aliter*, inquit, *tueri ſe non poſſunt, damni culpã dederũt, innoxij ſunt.*] Secundum eſt ex l.2.C.ad leg.Cornel.de ſicariis: ibi, [*In dubio vitæ diſcrimine conſtitutus, &c.*] Tertiũ ex Clem.1.de Homicidio: ibi, [*Qui mortem aliter vitare non valens, ſuum occidit, vel mutilat inuaſorem.*] Quartum eſt ex c.1 §.Si quis hominem, de pace tenenda: ibi, [*Si autem omnibus manifeſtum ſit, quod non neceſſario, ſed voluntarie illum occiderit, &c.*].

Poſterioris autem ſententiæ argumentum eſt ex l.vt vim.ff.de iuſt.& iur. ac ſimilibus legibus, quibus dicitur, quod quiſque ob tutelam ſui corporis fecerit, iure feciſſe exiſtimari, nec adiungitur illa qualitas neceſſariæ defenſionis.

Mihi tantorum virorum pace, videtur hæc quæſtio potius eſſe de nomine, quam de re ipſa. Nam qui ſtatuunt exprimendam eſſe qualitatem neceſſariæ defenſionis, recte & ſapienter dicunt, ac ſtatuunt. Etenim ſi quis ſe defendere poſſit, ac liberare ab omni vi illata, & nihilominus aggreſſorem occidere voluerit; non mihi videtur ad defenſionem, vt loquuntur, ſed ad vindictam hominem occidiſſe, ac moderamen inculpatæ tutelæ plane exceſſiſſe. Quare facile adducor ad opinandum, idem & eos velle ac ſentire, qui ſimpliciter loquuntur de defenſione, nec addunt qualitatem illam neceſſitatis. Quod ſi ſecus ſentiant, homicidiumque impunitum eſſe velint ab eo, qui ſe id feciſſe pro ſui defenſione allegat, eo in caſu quo ſe defendere poteſt, licet inuaſorem non offendat, tunc priori ſententiæ magis accedo, poſteriori repudiata. Neque enim dubito, quin ea ſit Iuriſconſultorum, ac legum intentio, vt tum demum excuſetur is, qui occidit inuaſorem, cum id fecit ob tutelam ſui corporis, cum ſcilicet in dubio vitæ diſcrimine conſtitutus, aliter euadere non poſſet.

CAPVT XXXI.

Vtrum pro defenſione rerum liceat inuaſorem occidere.

PRo defenſione rerum hominem occidere licere, ſcriptum reliquerunt Accurſius *in l.vt vim, in verbo, Nam iure, ff. de iuſt. & iure.* Bart.*ibidem nu.6.* Iaſon *num.23.* & alij communiter, *teſte Decio, n.31.*

Primum argumentum eſt ex l.1. C.vnde vi.ibi, [*Ad defendendam poſſeſſionem, illatam vim propulſare licet.*] Secundum ex l.3.§. Eum igitur.ff.de vi & vi arm.vbi, [*Is qui armis venit, poteſt armis quoque repelli,*] & loquitur de vi illata rebus. Tertium ex l.1.C. quando liceat ſine iudice ſe vind. quatenus ibi tex-

tus permittit depopulatores agrorum, & latrones occidi.

Quartum ex l. 4. ff. ad leg. Aquil. vbi ex leg. 12. tab. furem nocturnum deprehẽſum occidere permittit.

Cæterum non licere pro rerum defenſione aliquem occidere, docent Ioan. de Anania in c. 2. de Homicid. & Garzias Hiſpanus *ad d. l. vt vim. ff. de iuſt. & iur.* Quibus ſuffragari videtur l. Si ex plagis. §. 1. ff. ad leg. Aquil. in illis verbis: [*Sed ſi ab eo non prior vapulaſſet: ſed cum & lucernam eripere vellet, rixatus eſſet, tabernarij culpa factum videri.*] Neq; leges pro contraria ſententia allegatæ probant, pro ſola rerum defenſione, licere hominẽ occidere, ſed pro perſonæ defenſione, ita ipſi reſpondent.

Tertia eſt ſententia Felin. *in c. 2. numer. 4. verſ. ſed in quantum omnes concludant, de homici.* quem ſequitur Carer. *de homicidio. §. 6. n. 20.* iure canonico non licere pro ſola rerum defenſione quenquam interficere, quicquid iure ciuili conſtitutum ſit.

Huic ſententiæ ſuffragatur primo text. in c. 2. de homicidio: ibi, [*Te tuaque defendendo.*] & ſic defenſio rei & perſonæ ſimul coniungitur. Secundo, text. in c. Si perfodiens, eodem tit. vbi fur occidi non poteſt, cum diſcernitur eum ad furandum, & non ad occidendum veniſſe. Tertio textus in c. ſuſcepimus, eod. tit. ibi, [*Verum quoniam expediebat potius poſt tunicam relinquere pallium, & rerum ſuſtinere iacturam, quam pro conſeruandis vilibus rebus & tranſitoriis tam acriter in alios exardeſcere, &c.*]

Poſtrema eſt ſententia, licere hominem occidere pro defenſione rerum, quando aliter defendi non poſſunt ſine vitæ periculo. *Ita Dec. in d. l. vt vim, nu. 31. ff. de iuſt. & iure. Couar. in Cle. Si furioſus, in 3. par. §. Vnico, ſub n. 6. verſ. Secundo proponitur, de homicidio.* & hæc ſententia videtur mihi veriſſima, arbitrorque fere omnes Doct. idem ſenſiſſe, licet verbis ab ea diſcrepare videantur.

Probatur primo ex l. Furem. ff. ad leg. Cornel. de ſicar. vbi I. C. ait: [*Furem nocturnum ita demum impune occidi poſſe, ſi occiſor parcere illi, ſine ſuo periculo non potuit.*]

Secundo ex l. Si vt allegas, C. eod. tit. ibi, [*Latrocinantẽ qui inferendæ cadis voluntate præceſſerat, iure caſum videri.*]

Tertio ex l. 1. C. vnde vi, quatenus Imp. requirit moderamen inculpatæ tutelæ; tũc enim res defendit quis, tamen moderamine adhibito, cum aliter eas tueri abſque periculo non poteſt.

Quarto ex c. 2. de Homicid. ibi, [*Te tuaq; liberando, &c.*] Poſtremo probatur ex c. 3. eo. tit. & ex c. dilecto, de ſent. excom. lib. 6.

Huic ſententiæ non obſtat text. in contrariam citatus in l. ſi ex plagis. § 1. ff. ad leg. Aquil. Quia ibi agebatur de defendẽda lucerna, quę res eſt vilis & modica, de qua nõ eſt hæc ſententia accipienda.

Ad tex. in c. ſuſcepimus, de homicid. reſponderi poteſt, in ea ſpecie non fuiſſe adhibitum moderamen inculpatæ tutelæ. Nã fures ligati fuere, & metu, ne ſoluerentur, occiſi, propterea S. Pontifex ait, fuiſſe contra manſuetudinem eccleſiaſticam.

CAPVT XXXII.

Qua ſit afficiendus pœna is, qui aggreſſorem occidit, non ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ.

EVm, qui aggreſſorẽ occidit, non ſeruato moderamine inculpatæ tutelę, pœna ordinaria homicidij afficiendum cenſuerunt Sali. *ad l. Gracchus, col. pen. C. de adult.* Bal. *in l. 1. C. de emen. ſeru.* Dec. *in d. l. vt vim, n. 18. ff. de iuſt. & iur.* cum ſcilicet animus occidendi apparet in eo, qui moderamen exceſſit.

His adſtipulatur primum regula generalis textus in l. 1. §. diuus. ff. de ſicariis, nempe eum qui occidendi animum habuerit, tanquam occiſorem puniendum, *vt & in iu quis eum telo. C. eod. tit.* Secundo, quia ſeruum occidens dolo malo, reus eſt homicidij, licet eum punire leuiter poſſit, & ſic exceſſus punitur ordinaria pœna, *l. 1. C. de emend. ſeruo.* Et idem in magiſtro diſcipulum occidente ſtatutum eſt, *l. ſed & ſi quemcunque. §. ſi magiſter. ff. ad leg. Aquil.*

Sed contraria ſententia verior & communior eſt, nempe pœnam eſſe hoc in caſu leuiorem infligendam, *ita poſt alios Tiraquellus*

quellus de pœnis legum, cauſa prima, nu.7. Couar. *ad Clem. Si furioſus, de homicid. par.3.§. Vnico.n.3. Menoch. de arbit. iud. caſu 278. And. Gall. lib.2. Pract. obſer. cap.110.n.15.*

Fundamentum huius ſententię eſt in eo, quod iuſto dolore is mouetur ad occidendum, qui prouocatus ab aggreſſore eſt; Quamobrem ſi ſibi non temperauit, puniendus quidem eſt, ſed mitius: argumento l. Si adulterium. §. Imperatores, ff. de adult. ibi, [*difficillimum eſt iuſtum dolorem temperare, & ideo pœna eſt mitiganda,*] & l.1.§. vlt. ff. de ſicariis, l. qui cum nat. §. Si libertus. ff. de bonis libert. ibi, [*Ignoſcendum eſt enim ei, ſi voluit ſe vlciſci prouocatus.*] l. Gracchus. C. de adult. ibi, [*Et nox & iuſtus dolor factum reuelant.*] Facit reg. l. quod calore, de reg. iur.

Ad primum argumentum reſpondeo, animum occidendi ſufficere, vt locus ſit pœnæ legis Corneliæ: ſed tamen id nō procedit, vbi quis eſt prouocatus, & iuſto dolore motus ad occidendum, *vt in l.1.§. diuus, verſ. ſed & in eum. ff. de ſiccariis.*

Ad alterum argumentum reſpondeo, nec dominum, nec magiſtrum iuſto dolore & cauſa prouocatos, ac motos videri, vt ſeruum ac diſcipulum occidere debeant, vnde merito illis imputatur dolus, eoſque pœna capitis dignos reddit.

Capvt XXXIII.

Quid de reo ſtatuendum ſit, qui tormentis ſubiectus, negauit ſe maleficium commiſiſſe.

CVm reus vehementioribus indiciis & argumentis opprimitur; quæſtionib. ſubiici ſolet, ac debet. Verum aliquādo accidit, vt crimen nullo modo fateatur, ſed conſtanter neget. Quamobrem in controuerſiam vocari ſolet, quid ſit in eo caſu decernendum. Et quatuor ſunt potiſſimum ſententiæ. Prima nihilominus condemnandum eſſe. Secunda abſoluendum. Tertia mitiori pœna afficiendum, quam vocant extraordinariam. Quarta cauſam eſſe indeciſam relinquendam, reo tamen ex carceribus liberato, fideiuſſore dato, de iudicio ſiſti, ſiue, vt noſtri loquuntur, de ſe præſentando. *Vide Iul. Clar. in §. fin. quæſt. 64. verſ. illata reo tortura. Ant. Gomeſ. var. reſol. tom. 3. c.13. n.28. Menoch. de præſump. lib.1. q.93.*

Qui reum condemnandum eſſe exiſtimant, mouentur authoritate l.1.§. quęſtioni, ff. de quæſt. vbi Iuriſconſultus ait: [*Quæſtioni ſemper fidem non eſſe adhibendam, quoniam res eſt fragilis & periculoſa, & quæ veritatem fallit. Nam plerique patientia, ſiue duritia tormentorum, ita tormenta contemnunt, vt exprimi ab eis veritas nullo modo poſſit.*]

Qui vero abſoluendum putant, eo argumento vtuntur, quod tormentis indicia purgari videantur. Nam tormentis, verberibus, & igne fatigati quod dicunt, veritas ipſa dicere videtur, *vt dicebat Gloſſ. in l. edictū, in verbo, efficaciſſimas. ff. de quæſt.*

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt, quia cauſa cognita, fides adhibenda eſt quæſtioni, *vt Iuriſconſultus docet in d.l. §. quæſtioni.* Quare cum vehementioribus argumentis reus vrgetur, licet tormentis ſubiectus negauerit, videtur tamen afficiendus aliqua pœna, neque ſemper credendum quæſtioni.

Quartæ opinionis denique fundamentū eſt in l. Si qui adulterij., C. ad leg. Iul. de adulteriis, vbi patet, cauſam deciſam non fuiſſe; ſed ſuſpenſam, deinumq; argumentis ac probationibus ſuperuenientibus reum condemnatum.

Ego in re maxime dubia & controuerſa eorum ſententiam amplector, qui reum abſoluendum eſſe reſponderunt, rebus tamen ſic ſtantibus, vt pragmatici loquuntur. Mouet inprimis, quod tormentis reus non eſt ſubijciendus, niſi ad inueſtigandam veritatem, & eo duntaxat caſu, quo probabilibus argumentis, ac indiciis ſuſpectus eſt delati criminis: *vt in l. Milites, C. de quæſtio.* Si ergo tormentis ſubijciatur, & neget; nec veritas intelligi ac ſciri poteſt, & ſolæ præſumptiones aduerſus eum exiſtunt. Nemo autem ex præſumptionibus eſt damnandus, *l. abſentem. ff. de pœnis.* Secundo moueor, quia tormenta dicuntur eſſe efficaciſſima ad eruendam veritatem, *l. Edictum. ff. de Quæſtionibus.* Hæc

autem

autem efficacia nō aliunde procedere poteſt, quam ex eo, quod plerunque nocentes fateri veritatem ſoleant, innocentes vero negare, licet non negauerim, ſecus aliquando accidere. Quod ergo plerunque fit, ſequendum eſſe videtur. Tertio moueor ex l. Quæſtionis modum. ff. de Quæſtio. vbi dicitur, reum eſſe ita torquendum, vt ſaluus eſſe poſſit, vel innocentia, vel ſupplicio. Quæ verba ſic accipienda videntur, vt videlicet ſaluus ſit ſupplicio, ſi criminis reus deprehendatur ex confeſſione. Si vero negauerit, tanquam innocens liberandus ſit.

Ad argumentum prioris ſententiæ reſpondeo. Non ſemper quidem quæſtioni eſſe fidem adhibendam, ſed tamen plerunque adhibendam eſſe: tanquam efficaciſſimæ ad veritatem inueniendam. Nos vero loquimur de eo, quod regulariter eſt ſtatuendum; non autem de omni caſu particulari, in quo ſingulares circumſtantiæ aliud requirant. Quæ reſponſio valet etiam ad argumentum tertiæ opinionis, præterquam quod conſequentia non eſt bona: Fides adhibenda eſt quæſtioni cauſa cognita. Ergo reus eſt damnandus. Præſertim ſi ſequamur eorum ſententiam, quam & *in cap. 29.* ſupra firmauimus; Neminem ex ſuſpicionibus & præſumptionibus damnandum eſſe.

Ad argumentum poſtremæ opinionis, reſpondeo negando, cauſam indeciſam fuiſſe relictam, in ſpecie d. l. Si qui adulterij: Textus enim dicit, Accuſatos obiecta crimina depuliſſe obtentu proximitatis, ex quo ſequitur, eoſdem abſolutos fuiſſe, rebus ſic ſtantibus, quia iudex de qua re cognouit, pronunciare quoque cogendus eſt, *l. de qua re. ff. de iudicijs.* Vel ſi abſoluti non fuere, noua ſuperuenerunt indicia & argumenta, dum cauſa ipſa penderet. Denique vt maxime concedatur, in ea ſpecie ita fuiſſe obſeruatum, non tamen ſequitur, ita ſemper obſeruandum, cum iuris regulæ aduerſentur.

Caput XXXIV.

Vtrum iudex inquirere ex officio poſſit in delinquentes, & eos punire.

Etſi conſuetudine receptum ſit, vt iudices ex officio in delinquentes inquirant, eoſque puniant, non tamen alienum erit inquirere, iurene an iniuria id faciat. Eſt enim hac de re admodum inſignis controuerſia. Nam id iure fieri non poſſe aliqui exiſtimant. Aliqui vero iure canonico id permiſſum fatentur, iure autem ciuili negant. Nonnulli id in certis caſibus concedunt. Alij iure id regulariter fieri contendunt. *Vide gloſſ. & Doctores in l. Reſcripto. §. ſi quis. ff. de Minoribus & honorib. Bald. in c. 1. de offic. ord. & ibi Imola. Decium in rub. de iud. nu. 7. Bart. in l. 2. § Si publico. ff. de adult. Et in l. Si maritus. § ſi ante. ff. eod. tit. S. Thom. 2. 2. q. 67. ar. 3. Nauarr. ad Rubr. de iud. n. 79. & alios qui criminales materias tractant.*

Neganti ſententiæ adſtipulantur hæc argumenta. Primum ex d. l. Reſcripto. §. Si quis. ff. de minorib. & honorib. vbi, ſi quis accuſatorem non habeat, honoribus prohiberi non debet.

Secundum ex teſtimonio Domini noſtri in Euangelio: [*Mulier, ſi nemo te accuſat, nec ego te damnabo.*]

Tertium ex teſtimonio Ambroſij lib. 8. Epiſtolarum ad Syagrium: [*Si leges publicas interrogemus, accuſatorem exigunt.*] Alia id genus loca refert Cuiac. *lib. 1. Obſer. c. 33.*

Quartū eſt D. Thomę *loco annotato.* Homines ad iudicem confugiunt, ſicut ad iuſtitiam quandam animatam, vt docet Philoſophus *5. Ethic.* Iuſtitia autem non eſt ad ſe ipſam, ſed ad alterum, vnde oportet, vt iudex inter aliquos duos dijudicet, quod quidem fit, cum vnus eſt actor, & alter reus.

Poſtremum argumentum eſt, quia tam lege naturali, quam diuina præcipitur, ne quis ordinate detrahat, ſiue infamet, vel ſit cauſa proxima detrahendi, ſeu infamādi alterum. Sed qui inquirit in alterius crimen, cauſa eſt reus, de quo inquiritur, infame-

famerur. Ergo non licet inquirere in aliorum delicta.

Qui verò putant Iure Ciuili permiſſam non eſſe inquiſitionem, ſed Iure Canonico, eo argumento adducuntur, quod nullus extet Iuris Ciuilis locus, quo talis inquiſitio permittatur, multa verò Iuris Canonici extent loca, quibus inquiſitio approbetur, *vt in c. 1. de offic. ordin. c. 1. Qualiter & quando, de accuſationibus & inquiſitionib. & per tot. ferè illum titulum.*

Ego verò, ne in referendis inanibus argumentis longum faciam, eorum ſententiam amplector, & veriorem eſſe iudico, qui legitima diffamatione præcedente, ac legitimis indicijs & argumentis, aſſeuerant, tam Iure Ciuili, quam Iure Canonico procedi per inquiſitionem poſſe. Huius ſententiæ Authores habeo Salicetum *in l. ea quidem, C. de accuſat.* Alciat. *in c. 1. num. 12. de offic. ordin.* Anton. Gomeſ. *Reſolut. tom. 3. cap. 1. tit. de Delictis, numer. 49. verſ. Nono & ſimiliter,* Nauarrum & S. Thom. *locis proximè annotatis.*

Et quidem quod attinet ad Ius Canonicum, ita res certa & explorata eſt ex c. Qualiter & quando, de accuſatio. & inquiſitio. & ex toto fere illo tit. Vt nulla ſit prorſus difficultas.

Omnis ergo difficultas eſt quantum ad Ius Ciuile. Cæterum quantum ad Ius Ciuile attinet, permiſſam eſſe inquiſitionem, probo. Primum ex §. Iubemus. in Auth. de collatorib. ſeu in Nouell. 118. tit. de publicis Tributis, ſecundum Holoandri translationem. [*Iubemus autem,* inquit Imperator, *vt omnes Magiſtratus tam militares, quam etiam Ciuiles per ſe requirant eos, qui latrocinia, aut violentias, raptuſve rerum, aut mulierum, aut quæcunque alij flagitia in prouincijs delinquunt, legitimaque ipſis irrogent ſupplicia.*]

Secundò id probo ex l. Congruit, ff. de officio Præſidis: [*Congruit,* ait Vlpianus, *bono & graui Præſidi curare, vt pacata, atque quieta ſit prouincia, quam regit, quod non difficile obtinebit, ſi ſolicitè agat, vt malis hominibus prouincia careat, eoſque conquirat. Nam & ſacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quiſque deliquerit, in eum animaduertere.*]

Tertiò id probo ex l. Ea quidem. C. de Accuſat. vbi probatur Magiſtratibus licere Apparitores & officiales habere, qui maleficia inquirant & denuncient, & ſubinde in eos animaduertere, quos deliquiſſe compererint, etiam ſine ſolennibus accuſationum. Idem probat text. in l. 1. C. de Cuſtodia & exhibitione reorum. dum ait: [*In quacunque cauſa reo exhibito, ſiue accuſator exiſtat, ſiue eum publicè ſolicitudinis cura perduxerit, & cæt.*] Hi nunciatores appellabantur, *vt in l. ab accuſatione. §. Nunciatores. ff. ad Turpilianum.* Item Irenarchæ, *vt in l. Diuus. ff. de cuſtodia reorum,* qui elogia ſcribebant, quæ notoria dicebantur. Erant autem omnium delictorum, quæ quis commiſerat, annotationes, *ſicuti declarant Alciat. lib. 6. Parergon. cap. 19. Budæus in Annot. ad d. l. Diuus. ff. de cuſtodia reor. & Cuiac. lib. 1. obſeruat. cap. 33.* Ex quibus tamen notorijs, ſeu elogijs nemo condemnari poterat, antequam veritate cognita repertus eſſet noxius, *vt habetur in d. l. Diuus.* Non tamen accuſatore opus erat, quicquid nonnulli dixerint, propter illa verba textus: [*Sed quaſi re integra quæratur, ſi quis erit, qui eos arguat.*] Etenim accuſatore opus non fuiſſe probat text. in d. l. Ea quidem. C. de accuſatio. Itaque illorum verborum ſenſus eſt, veritatem eſſe indagandam, & diligenter quærendum, An delictum commiſerint, quos Apparitores huiuſmodi denunciauerint, ſi videlicet ipſi renunciatores, vel quiſpiam alius eos deliquiſſe affirmauerit.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, nil obſtare textum in d. §. Si quis quoniam ibi non agitur de inquirendo, vel non inquirendo in delicto & delinquentes, ſed de arcendo aliquem ab honoribus, vnde meritò reſpondetur arceri non poſſe, ſi nemo eum accuſauerit alicuius criminis; Non tamen negat textus, ſi diffamatus eſſet de crimine, quin ex officio veritate conquiſita puniri poſſet.

Ad ſecundum, concedo, neminem damnari poſſe ſine Accuſatore, ſed infamia criminis patrati, & publica vox eſt loco accuſatoris, vt dicebat ſanctus Thom. *loco annotato.* Quæ reſponſio valet ad omnia reliqua

argumenta. Etenim illa vires habent, vbi deficit publica vox, & fama, tunc enim nec inquiſitioni locus eſſe poteſt, neque punitioni, & omnia quæ in argumentis continentur, rectè applicantur. Verùm publica voce, & fama ſubſiſtente omnia euaneſcunt, ſicut idem ſanctus Thomas præclarè docet *loco citato.*

CAPVT XXXV.

Ad interpretationem Authent. Bona damnatorum, C. de bonis proſcriptorum & damnatorum. Controuerſia vna.

Controuerſia eſt inter Doctores, vtrum bona damnatorum, ſicut reſeruanda ſint aſcendentibus & deſcendentibus, vſque ad tertium gradum, ita etiam reſeruanda ſint Fratribus, & cæteris ex latere iunctis, vſque ad tertium gradum. Facit dubitationem, quod in Nouell. 134. §. vltim. titul. de Vicarijs & locum tenentibus, vel ſecundùm veterem tranſlationem in Authent. Vt nulli Iudicum. §. vltim. His, inquam, in locis, ex quibus Irnerius Authenticam deſumpſit, & Codici inſeruit, nulla Fratrum, & ſimilium mentio habetur, licet habeatur expreſſa mentio in d. Authentica Irnerij.

Et quidem antiquorum interpretum communis eſt ſententia, bona reſeruanda eſſe fratribus, & cæteris ex latere coniunctis, vſque ad tertium gradum. *Ita enim docent Bald. Cyn. alij in d. Authent. Bona damnatorum, & Iulius Clarus alios commemorans in §. fin. q.* 78. Suffragatur huic ſententiæ quia in antiquis exemplaribus nonnulli teſtantur ea verba contineri, quæ de Fratribus, & cæteris ex latere iunctis mentionem faciunt. Nec veriſimile eſt Irnerium authoritate propria illa verba adieciſſe. Huc accedat, quod in Nouell. 17. §. oportet. Imperator docet, bona damnatorum toti cognationi eſſe reſeruanda. Vnde cùm in hac Nouella dicatur reſeruanda eſſe aſcendentibus & deſcendentibus vſque ad tertium gradum, meritò adiectum eſt reſeruanda eſſe etiam ex latere iunctis, vſque ad tertium gradum.

Cæterùm Franciſcus Aretinus *in l. eius, qui. §. Si cui. num. 3. verſ. ſed quæritur. ff. de Teſtament.* contrarium docuit: & eius fundamentum eſt, quod in nullo exemplari illa verba habeantur in Nouell. ex qua ſumpta eſt Authentica. Et ad text. in d. §. oportet. Nouell. 17. reſpondet, id non probare, ad quod allegatur. [*Hæc eſt intentio, inquit, illius textus, quod quando committitur delictum. quod ſit dignum pœna corporali, non debeat Index commutare pœnam corporalem in pecuniariam. Non loquitur de damnato pœna capitali. Id patet ex principio & fine illius text. Ait enim in principio: Bona eſſe conſeruanda generi & legi, id eſt, generi vocato à legibus ad ſucceſſionem. Sed damnati capitali crimine non erat ſucceſſio ſecundum leges, quia bona adferebantur in fiſcum. Ergo de tali damnato non loquitur ille textus. In fine autem ait, Iudicem non debere dimittere perſonam delinquentis, & bona auferre, prout multi faciunt. Sed in crimine capitali hoc non fit, quia principaliter perſona condemnatur, & in conſequentiam bona auferuntur.*] Hæc fere Aretinus.

A cuius ſententia longè diſcrepat Cuiacius, dum in expoſitione Nouellę duodecimæ docet, hunc eſſe ſenſum dictæ Nouellæ 17. Vt velit damnatorum bona ſeruari cognationi vniuerſæ in his criminibus, quibus nominatim irrogata bonorum publicatio non eſt.

Cęterùm mihi hanc rem diligenter contemplanti, veriſſima eſſe videtur Franciſci Aretini ſententia, ac interpretatio: Quod vt planum faciam, reddam ipſius Nouellæ verba, 17. §. Oportet. Tum dicam, quot incommoda ſequantur ex communi interpretatione: Et demum quantum ſit conformis textui, aptaque & commoda Aretini ſententia. Verba textus hæc ſunt: [*Oportet autem omnino & huius te rei prouidentiam gerere, vt ſi quis pœna dignus eſſe videatur, ne ſumpto de illo ſupplicio, bona eius attingas, ſed ad progeniem eius, & legem legeque introductum ordinem inferri ea patiaris. Nam non bona, ſed bonorum poſſeſſores delinquunt.*]

Communis interpretatio tribus de cauſis eſt incommoda. Primum, quia Imperator in Nouella 134. profitetur, ſe eam conſtitutionem ordinaſſe, vt non ſolum pœnæ corporalis, verum etiam pecunia-

riæ moderatiores fierent, deinde ſtatuit bona damnatorum reſeruanda eſſe deſcendentibus & aſcendentibus vſque ad tertium gradum. Sed certè longè moderatiores erant & mitiores ex dicta Nouella 17. §. oportet. cùm per eam vniuerſæ agnationi abſolutè bona conſeruentur.

Secundò, inter vtramque Nouellam manifeſta eſt repugnantia, altera ſtatuit vſque ad tertium gradum eſſe conſeruanda, altera verò abſolutè conſeruanda eſſe vniuerſæ cognationi.

Tertiò, ſi hic eſt ſenſus Nouell. 17. altera Nouella 134. ſuperuacanea erit in hac parte, niſi corrigat illam, quod dici nullo modo poteſt, nec vlla correctionis ſuppetit coniectura.

Quartò, aut Nouella 134. eſt prior, & altera poſterior, aut contra eſt. Si primum, certè in poſteriori Nouella, quæ abſolutè docet, bona eſſe conſeruanda vniuerſæ cognationi, aliqua debuit fieri mentio de priori Nouella, per quam reſeruatio bonorum vltra tertium gradum non porrigebatur. Si contra eſt, certè Nouell. 134. quæ bonorum conſeruationem reſtringit ad tertium gradum, mentionem facere debuit prioris Nouell. 17. eamque corrigere, longè latiùs bona conſeruantem.

Porrò Aretini ſenſum ac interpretationem commodam, aptam, & textui conformem eſſe manifeſtè patet. Nam hoc vult Iuſtinianus, vt qui ob delictum perpetratum pœna eſt dignus, is corporali afficiatur, non autem pecuniaria pœna, nec corporalis in pecuniariam commutetur. Id patet ex verbis ſequentibus, quæ ſic habent: [*Sed qui eum ordinem ſubuertunt,* (ſcilicet pœna pecuniaria delinquentem afficientes) *illi pœna quidem dignos dimittunt, bonaque eorum auferunt. Alios verò, quos ad illorum forte ſucceſſionem lex vocabat, in illorum locum obijciunt ſupplicio.*] Itaque harum Nouellarum ſenſus eſt talis, vt ſi quidem pœna capitali delinquens afficiatur, quo caſu ſecundùm veteres leges bona fiſco applicabantur, illa de cætero non applicentur fiſco, ſed reſeruentur, vt dictum eſt. Iſtud vult Nouell. 134. Si verò agatur de crimine non capitali, cui tamen pœna corporalis irroganda ſit, non debet is, qui deliquit, pœna corporali affici, & ſimul etiam pecuniaria, bonis ei ablatis, & multò minus ordine peruerſo loco pœnæ corporalis irrogandæ, bona ſunt auferenda. Iſtud eſt quod vult Nouell. 17. in §. Oportet.

CAPVT XXXVI.

Mandans hominem vulnerari, & proteſtans ne occidat, ſi mandatarius eum occiderit, vtrum pœna homicidij teneatur?

CVM quidam hominem vulnerandum mandaſſet, expreſſè prohibendo ne occideretur, mandatarius verò tale vulnus inflixiſſet, ex quo mors ſecuta eſſet, ingens orta eſt diſputatio, & controuerſia inter Iuriſconſultos; num talis mandans pœna homicidij afficiendus eſſet. Nam nequaquam afficiendum eſſe homicidij pœna reſponderunt Antonius Roſſellus, Franciſcus de capitibus Liſtę, & Angelus à Caſtro, Pauli Caſtrenſis filius, quorum omnium reſponſa ſunt edita à Bartholomæo Veronenſi, *vt patet ex eius conſilijs criminalibus, in conſil. 35. 36. & 37.* Sequitur Decius *in conſil. 482.* Sed contrarium reſpondit ipſe Bartholomæus Veronenſis *in conſil. 34.* quem ſequitur alios commemorans Menoch. *de Arbit. Iud. caſu 352. numer. 2.* Didacus autem Couuarr. *in Clem. Si furioſus. de Homicid. in 2. part. §. 1. numer. 3.* priorem ſententiam probat, niſi percuſſio mandata oſtendat, voluntatem mandantis in homicidium directè ferri.

Argumenta prioris ſententiæ ſunt iſta. Primum, Qui animum occidendi non habuit, pœna legis Corneliæ non tenetur, *l. 1. § Diuus, ff. ad leg. Corneliam de Sicar.* Sed talis mandans animum occidendi non habuit. Ergo non tenetur, &cæt. Secundum, ſi talis mandans homicidij pœna teneretur, id non aliam ob cauſam eſſet, niſi quia cogitare debuerat ex vulnere, quod infligẽdum mandauit, mortem ſequi potuiſſe, *ſicuti docet text. in c. vltim. de Homic. lib. 6.* Sed hæc non eſt cauſa ſufficiens, vt pœna legis Corneliæ teneatur. Ergo non tenetur. Quòd non ſit cauſa ſufficiens, patet ex eo, quia talis mandans

dans non eſt in dolo, ſed in culpa, quæ quidem culpa non ſufficit, vt pœnæ legis Corneliæ ſit locus, *l. in lege Cornelia, ff. eodem tit.*

Tertium argumentum ſumitur ex l. 3. §. Sed ex Senatuſconſulto. ff. eod. tit. dum ibi dicitur. Iuſſam fuiſſe relegari eam, quæ non quidem malo animo, ſed malo exemplo, medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo ea, quæ acceperat, deceſſit.

Argumenta verò poſterioris ſententiæ ſunt iſta. Primum, Nihil intereſt, an aliquis occidat hominem, vel mortis cauſam præbeat, *l. Nihil intereſt. ff. de Sicar.* Sed talis mandans, mortis cauſam præbuit. Ergo, &c.

Secundum eſt ex c. vltim. de Homicid. lib. 6. vbi S. Pontif. ſtatuit mandantem aliquem vulnerare, irregularitatis pœnam incurrere, licèt expreſſe prohibeat, ne occidatur.

Tertium argumentum eſt ex l. Si quis aliquid. §. qui abortionis, ff. de pœnis. vbi I. C. [*Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, etſi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res eſt, humiliores in metallum damnantur, honeſtiores in Inſulam, amiſſa parte bonorum, relegantur. Quòd ſi eo mulier, aut homo perierit, ſummo ſupplicio afficiuntur.*

Sed mihi prior ſententia longè æquior, & iuri magis conſentanea videtur, quia negari non poteſt, quin occidendi animus abfuerit à tali mandatore. Dum enim occiſionem prohibuit, mandaſſe intelligitur vulnus infligi leue, non lethale, non in capite, ſed in aliqua parte corporis, mortis periculo minus obnoxia, non gladio ad occidendum apto, ſed alio inſtrumento. Rem quidem peſſimi exempli mandauit exequendam, ſed quoniam iuxta delicti menſuram eſſe debet plagarum modus; talem mandatorem nequaquam pœna legis Corneliæ reum eſſe iudico.

Ad primum argumentum reſpondeo, nihil intereſſe, an quis occiderit, ſeu mortis cauſam præbuerit, cum quis mortis cauſam præbuit directè, immediatè, dolo malo, ſecus ſi ex culpa vel indirectè, *vt patet ex l. Cornelia. ff. de ſicar.* Sed in quæſtione noſtra mandans in culpa fuit. Ergo.

Ad ſecundum reſpondeo. Mandantem irregularem effici, quia ſola culpa ſufficit ad incurrendam irregularitatem, *vt patet ex c. Tua nos, & ex c. ſicut, de Homicid.*

Ad tertium reſpondeo. Specialiter ita conſtitutum eſſe in eo crimine, quia peſſimi exempli eſt, non tamen legis Corneliæ pœna locum habet, *ſicut declarat Iacob. Cuiac. lib. 5. ſent. Pauli, tit. 23. §. qui abortionis.*

Capvt XXXVII.

Qui hominem occidit, puta Titium, cum alium, puta Sempronium, occidendi animum haberet, vtrum homicidij pœna teneatur?

QVI vnum occidit per errorem, alium occidere volens, vtrum pœna legis Corneliæ teneatur, controuerſia eſt inter Doctores. Etenim non teneri docuerunt Angel. *in l. ſi cum ſeruo. ff. de iniurijs.* Iaſ. *in l. 1. numer. 18. ff. de legibus,* & alij, *quos refert & ſequitur Tiraquell. de pœnis legum temperandis, cauſa 14. numer. 4. Menoch. de arbitr. iud. caſu 324. numer. 11.* Horum fundamentum eſt in d. l. Si cum ſeruo. Vbi I. C. ita dicit: [*Si cum ſeruo meo pugnum dare vellem, in proximo te ſtantem inuitus percuſſerim, iniuriarum non teneor.*] Huc accedat, quòd animus & propoſitum delinquentis maximè attenditur, cùm de lege Cornelia agitur, *l. Diuus. ff. ad leg. Cornel. de ſicar.* Imo nec lata culpa ſufficit, *l. in lege Cornelia, ff. eodem.* Sed hoc in caſu occiſor, reſpectu hominis occiſi, non eſt in dolo, ſed in culpa nolebat enim eum occidere, ſed alium. Ergo non tenetur pœna legis Corneliæ.

Cæterum eiuſmodi occiſorem, haudquaquam euadere pœnam legis Corneliæ, docuerunt Bart. *ad l. Reſpiciendũ. §. delinquunt, in fin. ff. de pœnis.* Bald. *ad l. ſi quis non dicam rapere, col. penult. C. de Epiſcopis & Cler.* Boſſius *tit. de Homicid. n. 73.* Quorum fundamentum eſt in l. Eum qui §. ſi iniuria, ff. de iniurijs, vbi Iuriſconſultus ita dicit: [*Si iniuria mihi fiat ab eo, cui ſim ignotus, aut ſi quis putat me Lucium Titium eſſe, cùm ſim Caius Seius, præualet quod principale eſt, iniuriam eum mihi facere velle. Nam*

certus

tertius ſum ego, licet ille putet me alium eſſe, quam ſim, & ideo iniuriarum habeo actionem.

Atque hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior, eamque confirmo hoc argumento. Si is, qui cum telo ambulauerit, hominis occidendi gratia, licet non occiderit, pœna legis Corneliæ tenetur, Ergo multo magis eadem pœna tenetur, qui cũ telo ambulauerit hominis occidendi gratia, & ſimul etiam hominem occiderit, licet non eum, quem occidere volebat. Verum eſt prius. Verum igitur & poſterius. Probatur antecedens ex l. is qui cum telo. C. ad legem Corneliam, de Sicariis. Conſequens vero patet, quia poſterius eſt maius delictum, quam prius.

Ad primum argumentũ contrariæ ſententiæ reſpondeo, legem illam loqui, cum quis operam dabat rei licitæ, quia videlicet ſeruum ſuum leuiter percutere volebat, quod proculdubio eſt permiſſum. Quamobrem ſi alium per errorem percuſſerit, merito iniuriarum nõ tenetur. Sed in quæſtione noſtra occiſor dabat operam rei illicitæ, quia hominem interficere cupiebat, merito ſi alium interfecerit, tenetur. Quod vero dicitur eum in culpa fuiſſe, nihil obſtat: quia licet in culpa fuerit reſpectu hominis occiſi, fuit tame in dolo eam ob cauſam, quod alium occidere volebat, qui quidem animus occidendi ſufficit, vt pœnæ ſit locus, vt in d. l. Is qui cum telo, quæ quidem lex, etſi conſuetudine abrogata eſſe videatur, vigere tamen hoc in caſu debet, vbi homo occiſus eſt; quanquam ſi duntaxat quis occidendi animo cum telo ambulauerit, vt vigorem non habeat longæua conſuetudo effecerit.

Capvt XXXVIII.

Reſtitutus à Principe, An recuperet fructus medio tempore perceptos.

SI is cuius bona propter delictum confiſcata ſunt, à Principe reſtituatur, An recuperet fructus interea perceptos ex bonis ſuis à Fiſco, nonnulla eſt inter Doctores controuerſia. Etenim affirmantem ſententiam ſecuti ſunt *Iaſ. in d. l. Gallus. §. Et quid ſi tantum, num. 67. ff. de liber. & Poſthum.* Dec. *ad l. in condemnatione. §. 1. ff. de regul. iur.* & alij *à Sfortia Oddo citati tract. de Reſtit. in integr. parte 2. quæſt. 99. artic. 14.* Horum argumenta ſunt iſta. Primum ex l. 1. C. de ſententiam paſſis, dum ibi declarat Imperator, quid ſit in integrum reſtituere. [*Vt autem ſcias*, inquit, *quid ſit in integrum reſtituere, Honoribus & ordini tuo, & omnibus cæteris te reſtituo.*] Secundum argumentum ſumitur ex multis legibus, quibus declaratur reſtitutionis verbum, etiam fructus comprehendere, *vt in d. l. In condemnatione. §. 1. & in l. Videamus. 38. §. Infamia, ff. de vſuris.* Tertium argumentum eſt ex l. vltim. C. de ſententiam paſſis. [*Tantum ad reſtitutionem*, inquit textus, *indulgentia valet, quantum ad correctionem ſententia valuit. Vſque deportationis ipſius per ſe nomen, rerum omnium ſpoliatio eſt, ita indulgentia, reſtitutionis bonorum ac dignitatis, vno nomine amiſſorum omnium ſit recuperatio.*] His verbis ita generalibus, etiam fructus contineri videntur.

Cæterum negantem ſententiam amplexi fuere Ange. *in d. §. & quid ſi tantum, nu. 14.* Alex. *nu. 21.* Bald. *ad l. vlt. C. de ſententiam paſſis*, & alij *quos commemorat Sfortia Oddus loco ſuperius annotato, quibus addi poteſt Andr. Gaill. lib. 2. de pace publica, cap. vlt. nu. 28.* Horum fundamentum eſt in Auth. Idem de Neſtorianis. C. de Hæreticis, ibi. [*Reſtituenda quidem, ſed abſq. ratione fructuum & adminiſtrationis.*] Et in eo, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus ſaltem conſumptos non reſtituit, *l. Certum, C. de rei vendic.* ſed fiſcus proculdubio, eſt bonæ fidei poſſeſſor: quia delinquentis bona detinet, ex iuſta cauſa confiſcationis. Ergo fructus reſtituere non tenetur.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi veriſſima, licet enim reſtitutio eam vim habeat, vt omnia recuperentur, quæ amiſſa fuere, non tamen efficere poteſt, vt condemnatus interea nil amiſerit. Itaque non retrotrahitur reſtitutio, quaſi reſtitutus omnia bona, quæ habuit, nunquam amiſiſſe intelligatur, ſed operatur ex die, quo conceſſa eſt: vt ſcilicet condemnatus omnia,

omnia, quæ amiſit recuperet, conſequêter bona ipſa recuperat, non autem fructus interea perceptos, quia ſic reſtitutio retro traheretur, & condemnato prodeſſet ab initio, antequam ei eſſet conceſſa à Principe, quod nulla lege, nulla ratione probari poteſt.

Ad primum argumentum reſpondeo. Reſtitutione in integrum, omnia bona & iura recuperari, & reſtitutum de cætero illa obtinere, ſicut ante condemnationem, *vt in d.l.*1. Sed non facit reſtitutio, vt fructus recuperentur, quia reſtitutio, vt dictum eſt, valet in futurum tempus, non in præteritum.

Ad ſecundum reſpondeo, leges allegatas loqui, quando reſtitutionis verbum in edicto Prætoris, vel in ſententia Iudicis continetur: Et ſic de reſtitutione agitur ex Iuſtitia, non autem ex gratia & indulgentia Principis.

Ad tertium. Concedo tantum reſtitutionem tribuere, quantum abſtulit condemnatio, vt in d.l.vlt. Sed condemnatio bona abſtulit, non autem fructus: fructus enim medio tempore percepti fuerunt, in conſequentiam bonorum publicationis. Quare ad ipſa bona duntaxat, non etiam ad fructus trahenda eſt principis reſtitutio & gratia.

CAPVT XXXIX.

Vtrum reſtitutus recuperet hereditatem alteri delatam.

Reſtitutum à Principe hæreditatem interim alteri delatã vindicare non poſſe: Authores ſunt Bald. *in l. Gallus.* §. *Et quid ſi tantum, col. penul. ff de liber. & Poſth.* & Iaſ. *ibid. n.*76. Ant. Gomeſ. *varia. reſol. lib.*3. *c.*13. *n.*36. Fundamentum ponunt in l. Intercidit ff. de condit. & demonſt. in illis verbis. [*Non idem erit dicẽdum, ſi ea pœna in eum ſtatuta fuerit, quæ irrogat ſeruitutem.*] Senſus eſt, legatum intercidere licet cõdemnatus in integrum reſtitui poſſit.

Cæterum contrariam ſententiam habuerunt, Cynus & Angelus, necnon Aretinus *in d.* §. *Et quid ſi tantum.* Andr. Gail. *libr.* 2. *de pace publica, cap. vlt. num.*13. Sfortia Oddus *de Reſtit. in integr. parte* 2. *q.*99. *art.*1. Atq; iſti fundamentum ponunt in leg. 1. §. Filio qui mortis. ff. ad Trebellia. in illis verbis: [*Niſi forte ſeruus pœna effectus, Principis beneficio ſit reſtitutus.*]

Alexander vero *in comment. d.* §. *Et quid ſi tantum, num.*21. vtitur hac diſtinctione. Aut apprehenſa fuit poſſeſſio bonorum ab eo cui hæreditas eſt delata, & tunc, quia dominium in eum eſt translatum, reſtitutus, non recuperat hæreditatem illam. Aut vero poſſeſſio non eſt apprehenſa, & tunc recuperat.

Mihi prima facie iam & olim, omnibus quoque conſideratis viſa eſt prior ſententia probabilior: Tum quia Principis reſtitutio alteri nocere non debet, *argumento l.* 2. §. *Si quis à Principe. ff. Ne quid in loco publico.* Tum quia textus, quo præcipue nititur ſententia, contraria, *in d. l.* 1. §. *Filio qui mortis.* de filio loquitur, qui tempore mortis matris Ciuis Romanus erat, & conſequenter hæreditatis eius capax: Et licet ſeruus pœnæ propter delictum fuerit effectus, ideoque eam capere non potuerit, merito tamen eſt admittendus, ſi Principis indulgentia fuerit reſtitutus. Cæterum in quæſtione noſtra agitur de hæreditate delata non condemnato, ſed alteri, neque enim condemnato deferri poteſt, ſed proximiori, ſecundum edictum ſucceſſorium, ſeu leges ſucceſſionum ab inteſtato.

Verum contrariam ſententiam iam amplector, maturius re perfecta & diſcuſſa, nempe, talem reſtitutum admittendum eſſe ad hæreditatem. Etenim hæc ſententia clare euincitur ex dict. §. filio qui mortis. Licet enim agatur ibi de filio, qui mortua matre Ciuis Romanus erat, Is tamen antequam hæreditatem adiret, condẽmnatus fuit, & ſic illam hæreditatem non habuit, & conſequenter alteri hæreditas delata fuit, & tamen à Principe reſtitutus eam recuperat. Itaque quod Ciuis Romanus eſſet, tempore Mortis Matris, nihil facit ad eam deciſionem: neque enim impedit, quo minus hæreditas alijs delata fuerit,

fuerit, nec illi prodeſt, vt eam recuperet, ſed cauſa recuperationis ex reſtitutione pédet. Moueor præterea ex leg. Sed ſi hac lege, §. Liberos, ff. de in Ius vocando, & ex lege vltima. C. de ſententiam paſſis. Quibus ex legibus probatur, Patrono in integrum reſtituto, edicti de in Ius vocando beneficium ſaluum eſſe. Item probatur, patrẽ reſtitutum, poteſtatem patriam recuperare.

Ex his legibus argumentum ſumitur, nõ contemnendum; quia ex eis patet, reſtitutionem efficere, vt quis recuperet iura in alium tranſlata ex legis diſpoſitione. Hoc enim ius in filium tranſlatum erat patre cõdemnato, vt ſui Iuris eſſet. Idem ergo in propoſita quæſtione ſtatuendum videtur, vt nimirum hæreditas recuperari poſſit. Ex quo ceſſat argumentum illud, quo dicebatur, Principis gratiam & indulgentiam alteri nocere non poſſe ex dict. §. Si quis à Principe: quia illa lex cum ſimilibus locum habet, quoties alterius acquiſitum eſt ex contractu, vel alia hominis diſpoſitione, ſecus ſi ex diſpoſitione legis, quia cum reſtituto lex concedat omnia Iura quæ prius condemnatus habuit, eidem in conſequẽtiam concedere videtur, quæ alijs ex ipſius legis diſpoſitione delata ſunt, quaſi ipſa lex quod dedit alteri, id reſtituto concedere videatur.

Quod vero attinet ad l. Intercidit. illa lex non obſtat; quia loquitur de legato ſub conditione facto, quod deficit moriente legatario, ante conditionis euentum, & ad hoc ſufficit legatarium ſeruum pœnæ effici. Itaque non abſolute probat reſtitutum, non recuperare iura in alium tranſlata, ſed eo caſu duntaxat, quo ſub conditione relictum fuit, & ante conditionem mors naturalis, vel ciuilis interceſſit. Quod ſi legatum purum eſſet, Utrum legatarius ſeruus pœnæ effectus, & poſtea reſtitutus legatum recuperaret, nec ne, non deciditur in illo text.

CAPVT XL.

Quis ſit ſenſus, l. Properandum. §. Sin autem ex geſtis. C. de Iudiciis.

SIn autem ex geſtis apud ſe habitis, parte Actoris minime inuenta, poſsit inuenire viam, ex qua manifeſtum ei fiat, quid ſtatuendũ ſit, etiam abſente Actore, ſi eum meliorẽ cauſam habere proſpexit, pro eo ferre ſententiam non moretur, & præſentem Reum abſenti Actori condemnare, expenſis tantũmodo litis, quas Reus legitime ſe expendiſſe iurauerit, condemnatione excipiendis, quia hanc pœnam Actori, & meliorem cauſam habenti, propter ſolã abſentiæ contumaciam imponimus.*] Verba ſunt leg. Properãdum. §. Sin autem ex geſtis. C. de Iudiciis. De quorum ſenſu, non eſt eadẽ omnium ſententia. Accurſius ſequitur Ioannis antiquiſſimi Gloſſatoris ſententiam ita hanc rem explicantis. Actor petebat centum, & expendit decem. Reus vero expendit quinque. Sententia ſecundum Actorẽ abſentem fertur, & reus præſens in expenſis condemnatur. Si actor abſens non fuiſſet, expenſarum nomine ad decem præſtanda teneretur. Sed quoniam Actor abfuit, deduci debent quinque, quæ ipſe Reus expendit. Hanc expoſitionem omnes fere veteres ſecuti ſunt, vt videre eſt ex Alexandro, Iaſone & Corneo *in Commentar. eius loci.* Et ei tex. adſtipulatur, eiuſdem legis in §. Siue autem alterutra, vbi Imperator ſtatuit, ſiue alterutra parte litigatore præſente, ſiue vtraq; cauſa fuerit deciſa, ſemper victum victori condemnandum eſſe in expenſas.

Cæterum Placentinus, antiquus interpres aliam attulit expoſitionem; Exiſtimauit enim hoc in caſu Actorem, licet victor ſit, condemnandum eſſe Reo ad expẽſas. Et eandem ſententiam habuiſſe mihi videtur Iacob. Cuiacius, *lib. 9. Obſer. cap. 22.* Eidemque adſtipulatur Nouell. 49. vbi loquens Imperator de Appellationis cauſa, quam alter ex litigatoribus proſequitur altero abſente, declarat abſentem, & non proſequentem in cauſam, omnino condemnandum eſſe ad expenſas. Aut enim inquit præſens litem obtinuit, & tunc abſens adex-

ad expenſas condemnandus eſt, quia victus eſt; aut inferior diſcedit, & idem, quia victor, cum abſens fuerit, mulctandus eſt litis expenſa, in pœnam contumaciæ & abſentiæ.

Hanc expoſitionem & ipſe opinor veriſſimam eſſe, hoc argumento, quia ſcilicet quod in §. ſiue autem alterutra, dicitur, victum victori condemnandum eſſe ad expenſas, locum habere non poteſt, quando victor eſt abſens. Etenim rationi conſentaneum non eſt, vt abſens & contumax, qui alioquin non auditur, niſi refuſis impenſis, *leg. ſancimus, C. eod. titul.* expenſas à præſente conſequatur. Deinde, quia Imperator vult eum in pœnam contumaciæ obligatum eſſe ad expenſas, quas Reus præſens fecit. Ergo implicat, & abſurdum eſt dicere, Reum præſentem condemnandum eſſe in expenſas ipſi Actori abſenti. Denique ita hanc rem interpretatus eſt S. Pont. in c. Calumniam, de pœnis, [*Calumniam & audaciam*, inquit, *temere litigantium condemnando in expenſis, & alio multiplici remedio ſanctio imperialis compeſcit. Quoniam igitur ſacris inſtitutis conſonare dignoſcitur, præcipimus, vt de cætero in cauſis pecuniariis, victus victori in expenſis condemnetur. Niſi* (hoc facit ad rem noſtram) *ſententia pro abſente feratur.*]

Reſpondent aliqui, illa verba: [*In expenſis condemnetur,*] exponi debere, id eſt, in omnibus expenſis, & ſic exceptio quæ ſequitur, [*niſi ſententia pro abſente feratur,*] priori ſententiæ conueniat, quia cum pro abſente ſententia fertur, victus condemnatur in expenſis, ſed non in omnibus, quia fit deductio expenſarum ab ipſo Reo factarum. Sed violenta nimis, ne dicam inepta hæc eſt interpretatio, quam idcirco retuliſſe, confutaſſe eſt. Nam S. Pontifex clare loquitur, victum victori condemnandum eſſe in expenſis, niſi pro abſente ſententia feratur, quia cum pro abſente ſententia fertur, non eſt in expenſis condemnandus, ſed potius ipſe abſens, & victor condemnandus eſt. Itaque ex condemnatione Rei, deducendæ ſunt expenſæ, quas ipſe fecit. Hoc eſt, Reus quidem eſt condemnandus, ſed ſi verbi gratia condemnetur ad ſoluendum decem ab Actore petita, vel ad aliam ſummam in actione comprehenſam, ex hac condemnatione deduci oportet, quod Reus expendit: ex quo patet, Actorem ad expenſas condemnari, quas Reus fecit. Maneat igitur hæc expoſitio, quam & in Imperiali Camera receptam eſſe teſtatur Myſinger. *Cent. 4 Obſer. 67.*

Capvt XLI.

De victo victori in expenſis condemnando, controuerſiæ aliquot.

Cvm lex dicat victum victori condemnandum eſſe in expenſas nõnullæ ſunt inter Doctores controuerſiæ ex variis factorum circumſtantiis. Prima eſt. Quid ſtatuendum ſit, quando reus iuſtam habet cauſam litigandi, vſq; ad certum tempus, quo Iudicium agitur, poſtmodum vero non habet, Vtrum ſi pergat in lite, & ſuccumbat, in omnibus expenſis condemnandus ſit, An vero in ijs duntaxat, quas Actor fecit, poſteaquam reus iuſtam litigandi cauſam habere deſiit, Et quidem Deci. *in l. Qui in alterius. ff. de regul. iur.* in omnibus expenſis condemnandum putat, ea ratione, quod poſteaquam cognouit ſe malam cauſam habere perſeuerauerit in lite. Nam ex eo coniectura ſumi poteſt, eum fuiſſe litigaturum, quamuis ab initio intellexiſſet, ſe malam cauſam habere.

Cæterum diuerſam ſententiam Bartol. habuit, *in l. Si quis inficiatus. ff. depoſiti. & in L. Properandum. §. Siue autem alterutra. C. de Iudicis*, & ibid. Alexand. & Iaſ. & inſuper Cagnolus *ad d. l. Qui in alterius, n. 22.* Iſti omnes docent, non in omnibus expenſis reum eſſe condemnandum, ſed in expenſis duntaxat factis poſt illud tempus, quo deſijt habere iuſtam cauſam litigandi. Quæ ſententia videtur eſſe veriſſima. Nam ſi toto litis tempore reus iuſtam litigandi cauſam habuerit, inter omnes conſtat, ab omnibus expenſis abſoluendum eſſe. Ergo ſi pro parte temporis iuſtam litigandi cauſam habuerit, pro ea parte abſoluendus erit.

erit. Confirmatur hæc ſententia ex d. l. Si quis inficiatus. ff. Depoſiti. Vbi, ſi is, apud quem res erat depoſita, negauerit eum, qui depoſitum repetebat, dominum eſſe, vel procuratorem, aut hæredem eius, qui depoſuit, nihil dolo malo fecit, ait Iuriſconſultus. Sed ſi poſtea cognouerit eum aut dominum eſſe, aut procuratorem, vel hæredem domini, tunc incipit dolo malo facere, inquit textus, ſi reddere non vult.

Non obſtat id, quod dicebatur, mali animi argumentum eſſe, quòd talis reus in lite perſeuerauerit, quoniam id negari non poteſt, ſed non inde efficitur, eum in principio temerè litigaſſe. Quare debitas temeritatis pœnas luere debet, quatenus peccauit, non autem quatenus non peccauit, & iuſtam cauſam litigandi habuit, quia mulcta, ſeu pœna, non debet eſſe maior culpa, ſeu delicto.

Altera eſt controuerſia. Si quis in priore inſtantia fuerit victor, ſed in cauſa appellationis victus, an ſit in expenſis condemnandus. Triplex eſt Doctorum ſententia. Prima condemnandum eſſe. *Ita reſpondit Capella Tholoſana, deciſ. 222.* Cuius fundamentum eſt in regula generali, quæ habetur in dict. §. Siue autem alterutra. Nempè victum victori in expenſis eſſe condemnandum.

Altera eſt ſententia ſic diſtinguens, aut is, qui in priore inſtantia victor fuit, in cauſa appellationis ſuccubuit, ex eiſdem actis, aut ex nouis probationibus. Si quidem ex eiſdem actis ſuccubuit, in expenſis damnandus, quia prior ſententia fuit iniuſta, & ſic temerè litigauit. Si vero ex nouis probationibus ſuccubuit, nequaquam condemnandus eſt, quia iuſtam habuit cauſam litigandi, propter ſententiam priorem, quę iuſta fuit, licèt à Iudice appellationis reformata ex nouiter deductis. *Ita docent Bartol. & Iaſ. & in dicto §. Siue autem alterutra. Imola in cap. Finem litibus, de dolo & contumacia, & alij quos commemorat Andr. Gaill, lib. 1. obſeruat. 152.*

Tertia eſt ſententia, totam hanc rem Iudicis arbitrio eſſe committendam, qui ex varijs rerum & cauſarum circumſtantijs facilè dignoſcet: vtrum victus iuſtam cauſam litigandi habuerit. *Ita docet Baldus in l. Generaliter. §. Sed iuramento. C. de rebus cred. cuius ſententiam Camera imperialis ſequi ſolet, teſte Andr. Gaill, loco proximè citato.* Ego plerunque vidi, vt & Gaill *ibidem* ait, victum in cauſa appellationis abſolui ab expenſis propter prioris ſententiæ autoritatem, ſi tamen euidenter eſſet iniuſta contra leges & ſacras conſtitutiones lata, vel contra manifeſtum ius litigatoris, rectè prudenterque Iudicem facturum exiſtimo, ſi & ſententiam talem reformauerit, & temerè litigantem expenſarum condemnatione mulctauerit.

Capvt XLII.

Victus victori in cauſis criminalibus ſitne condemnandus in expenſis.

Dvplex eſt Doctorum ſententia hac de re. Altera, eſſe condemnandum. *Ita docuerunt Bartol. ad l. 1. ff. ad Turpil. Iaſ. ad l. Properandum. §. ſiue autem alterutra. C. de Iudicijs. Imola in c. Finem litibus, de dolo & contumacia Couuarr. pract. quæſt. c. 27. Andr. Gaill, lib. 1. obſeru. 152. Hippolytus Rimin. in conſil. 303. lib. 3.*

Huius ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ſumitur ex dicto §. Siue autem alterutra. Vbi generaliter eſt conſtitutum, victum victori condemnandum eſſe in expenſis.

Secundum argumentum eſt ex leg. 3. C. Qui accuſare non poſſunt. Vbi dicitur: Eos, qui crimen publicum inſtituere properant, cogendos eſſe cauſam proſequi, vocandosque eſſe, vt veniant, ſi iudicio præſentes non fuerint. Quod ſi non adfuerint, [*non ſolum extra ordinem,* inquit textus, *æſtimatione Iudicis puniendi ſunt, ſed etiam ſumptus, quos in eam rem, & circa ipſum iter ad litem vocati fecerunt, pendere coguntur.*]

Tertium argumentum eſt ex l. Patre & Marito. ff. de quæſtion. & ex leg. Si poſtulauerit. §. Si reus. ff. de Adulter. quibus legibus habetur quæſtionem habendam eſſe de ſeruo adulterij accuſato, ſi accuſator hoc deſiderauerit. Cæterùm, ſi reus abſolutus fuerit, ſiue mortuus fuerit ſeruus, ſiue adhuc viuat, æſtimari damnum oportere,

tere, & accuſatorem ipſum æſtimationem præſtare.

Quartum argumentum ſumitur ex l. vltim. C. de fructibus & litium impenſis. Agit Imperator ibi de litigatore, priuilegium aliquod habente, quoad litis expenſas, & ita dicit: [*Per hanc legem decernimus, vt quicunque huiuſmodi priuilegio munitus eſt, vel poſtea talem prærogatiuam quolibet modo meruerit, ſciat, & ſi quos ipſe, vtpote obnoxios ſibi pro quacunque criminali, vel ciuili cauſa conſtitutos, in accuſationem deduxerit, hos nihilominus iiſdem priuilegiis vſuros.*] Hactenus Imperator. Ex cuius verba infertur etiam in cauſis criminalibus locum eſſe condemnationi expenſarum, quia ſi locus non eſſet, fruſtra de tali priuilegio ageretur, quoad criminales cauſas.

Quintum & poſtremum argumentum eſt huiuſmodi. Non debet hominum dolis & malitijs aditus aperiri, *l. In fundo, ff. de rei vendic.* Sed ſi victus accuſator in cauſis criminalibus ad expenſas non eſſet condemnandus, via malitijs aperiretur, atque occaſio præberetur malis hominibus alios iniuſtè accuſandi, &c.

Altera eſt ſententia, victum victori non eſſe damnandum in expenſis, in cauſis criminalibus. *Ita docuit olim Iacobus Butrigarius, teſte Bartolo in l. 1. ff. ad Turpilian. Anton. Butr. in c. Finem litibus, de dolo & contumacia. Alberic. ad l. Athlet. §. Calum. ff. de his qui notantur infamia. Et alij quos refert & ſequitur Myns. in conſil. 59. Dec. 6.* Cuius ſententiæ fundamentum eſt, quod in calumniatorem, qui ſcilicet ſcientet falſa crimina in alium intendit, pœna Iure conſtituta ſit, *vt in l. 1. ff. ad Turpil. & in l. vltim. C. de Calumn. & alibi.* Quod verò in expenſas condemnandus ſit, nullo Iure conſtitutum eſt.

Ego ſanè hanc poſteriorem ſententiam probabiliorem eſſe exiſtimo, & argumenta habeo ſatis, vt mihi videntur probabilia. Primum ex l. Non ignoret, C. de fructibus & litium expenſis: [*Non ignoret,* inquit text. *is, cuius ex interpellatione aliquis ſecundùm datam formam in longinqua protractus fuerit examina, quod ſi culpa ſua fuerit dilata cognitio, vel minimè actioni ſuæ aſſuerit, vel delata non probauerit, pro calumnia quidem pœnam luat legibus conſtitutam. Pro pecuniaria vero cauſa, poſt ſumptus, conſiderata quantitate poſtulatorum, vel medij itineris interuallo, condemnationem pro æſtimatione Iudicis ſuſtinebit.*]

Sumitur argumentum ex hoc loco; quatenus Imperat. docet, Accuſatorem pro calumnia puniri, ſi delata non probauerit non autem in expenſis condemnari, & hoc in cauſis criminalibus. In pecuniarijs autem locum eſſe condemnationi expenſarum.

Secundum argumentum ſumo ex c. Calumniam, de pœnis, ibi: [*Præcipimus, vt de cætero in cauſis pecuniarijs, victus victori in expenſis condemnetur.*] Ex quibus verbis patet, ſummum Pontificem ita hanc rem interpretatum eſſe, vt expenſarum condemnatio locum habeat in cauſis pecuniarijs tantùm. Nam ſi & in cauſis criminalibus locum haberet, generaliter præcepiſſet, victum victori in expenſis condemnandum.

Tertium argumentum illud eſt, quòd nulla lege id conſtitutum eſt, vt in criminalibus ſit locus expenſarum condemnationi. Et quidem calumniator punitur ſimilitudine ſupplicij, *l. vlt. C. de calumniat.* Temerè autem accuſantem nullam pœnam mereri, dicit Iuriſconſult. *in l. 1. ver. quæri poteſt. ff. ad Turpil.* Quamobrem in noſtra poteſtate ſitum non eſt, vt id conſtituamus, quod lex non dicit, nec conſtituit, *l. illam. C. de collat.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, text. in d. §. Siue autem alterutra, de cauſis ciuilibus loqui, non autem de criminalibus & licèt in principio legis, de cauſis criminalibus mentio fiat, id tamen alio pertinet, nempè ad oſtendendum etiam in cauſis criminalibus certum eſſe tempus conſtitutum, intra quod expediri debeant.

Ad ſecundum reſpondeo, text. in d. l. 3. C. Qui accuſare non poſſunt, de accuſatore contumace loqui, quæſtio verò noſtra loquitur de Accuſatore victo.

Ad tertium reſpondeo, illas leges loqui de ſerui æſtimatione in cauſa Adulter. in qua ſi abſoluatur, Accuſator duplum pretij ſoluere Domi. tenetur. Sed hoc cum ex-

penſa-

penſarum condemnatione nihil prorſus commune habet.

Ad quartum reſpondeo, priuilegium, de quo in d. l. vltim. quantum ad cauſas criminales attinet, locum habere poſſe in accuſatore contumace, vel vbi ciuiliter tractatur cauſa, & ſi qui ſunt alij caſus. Nam in Accuſatore victo, locum habere non poteſt, vt patet ex dictis.

Ad vltimum reſpondeo, alijs modis accuſatores & calumniatores puniri debere, quàm expenſarum condemnatione, licèt enim ſimilitudo ſupplicij non ſit in vſu, nihil tamen prohibet, quo minus pro æſtimatione Iudicum, audacia calumniantium comprimi poſſit, ac debeat, & his modis occurratur hominum malitijs & dolis.

CAPVT XLIII.

Vtrum Iudex neceſſariò de incidenti quæſtione pronunciare nominatim debeat.

ANtiquus interpres Placenti. vt Accurſius refert *in l. 1. C. de ordi. cognitionum*, exiſtimauit, Iudicem neceſſariò pronunciare debere de quæſtione incidenti.

Primò, quia de qua re Iudex cognouit, pronunciare etiam debet, *l. De qua re. ff. de Iudicijs*. Sed de incidenti quæſtione cognoſcit. Ergo, &c.

Secundò mouebatur ex L. Intra vtile. ff. de Minorib. vbi Iuriſconſultus refert, ſuper ætate à Iudice pronunciatum fuiſſe, de qua inciderat quæſtio.

Tertiò ex l. 3. ff. de præuaricator. ibi: [*Vt non prius accuſetur, quam de prioris accuſatoris præuaricatione conſtiterit, & pronunciatum fuerit.*] Sic Iuriſconſultus. Erat autem illa quæſtio incidens in ea ſpecie.

Cæterùm diuerſam habuit ſententiam Bulgarus. Gloſſator antiquus. Primò ex l. 1. C. de ord. Iudic. in illis verbis: [*Pertinet enim ad officium Iudicis, qui de hereditate cognoſcit, vniuerſam incidentem quæſtionem, quæ in Iudicium deuocatur, examinare, quoniam non de ea, ſed de hereditate pronuntiat.*] Secundò ex l. 2. de ordine cognitio. in illis verbis. [*Sed ſufficit ei, qui libertate vtitur ad victoriam de hereditate, ſecundum eum eſſe pronunciatum.*]

Tertia eſt ſententia Ioan. ſimiliter antiqui Gloſſatoris. Ita ille diſtinguebat. Aut de incidenti quæſtione loquimur, quæ ante ceptum Iudicium originem, & cauſam habet, vt ſi quæſtio ſit, An Actor ſit filius, An ſit liber, & id genus. Et tunc Iudex neceſſitatem pronunciandi non habet, vt probatur ex legibus allatis pro ſententia poſteriore. Aut de incidenti quæſtione agitur, quæ non ante iudicium, ſed poſt iudicium inchoatum, originem & cauſam habet; vt ſi quæſtio ſit, An Iudex ſit competens, An Procurator mandatum habeat idoneum, & id genus, & tunc neceſſario pronunciandum eſt, ſecundùm leges pro ſententia priore adductas. Si tamen quæſtio criminalis incideret, cùm de Ciuili cauſa agitur, vel è contra, tunc de vtraque pronunciandum eſſe dicebat, & quidem prius de criminali quæſtione, *vt in l. 3. & 4. C. de ordine Iudiciorum.*

Hanc ſententiam tertio loco relatam ſecuti ſunt Bartol. Caſtr. Sichard. & alij *in l. 1. C. de ordine Iudicior.* & Canoniſtæ *in cap. 1. de ordine cognition.* excepto quod nonnulli diſcrepant circa declarationem, quæ ſit incidens, & quæ ſit emergens quæſtio. Qua de re videndus eſt Menoch. *de Arbitr. Iudic. quæſtio.* 45. Illud Bartoli monet, ſuper incidenti pronunciandum eſſe, cum de exceptione agitur oppoſita ad impediendum proceſſum Iudicij. Caſtrenſis vero monet de quæſtione emergenti Iudicem quidem pronunciare debere, ſed ſufficere ſi tacitè pronunciet, niſi quæſtio vertatur, An ſit Iudex competens, necne, quia tunc expreſſe pronunciare debet. Hæc ferè ſunt ab alijs tradita, *vt videre licet ex Ioanne Baptiſt. Aſinio, in praxi Iudiciaria.* §. 18. c. 2.

Ego vero ſequentibus concluſionibus vniuerſam hanc diſputationem, facilius explicari poſſe cenſeo.

Prima Concluſio. Cùm de incidenti quæſtione agitur, quæ ipſius cauſæ merita reſpicit, vt ſi quæratur, num aliquis ſit filius vel liber, in eum finem, vt hæreditatem conſequi, vel non conſequi poſſit, tunc neceſſe non eſt Iudici de tali quæſtione incidenti pronunciare. Verum ſufficit, ſi de

principali cauſa pronunciauerit. *Probatur ex l. 1. C. de ordine Iudicior. ex l. 2. C. de ordine Cognitio. & ex c. 1. eodem tit.*

Secunda Concluſio. Cùm de incidenti quæſtione agitur, cauſæ quidem merita reſpiciente, ſed tamen quæ ad impediendum cauſæ proceſſum obijcitur, de illa Iudicem pronunciare oportet, priuſquam de cauſa principali pronunciet, *Probatur ex leg. Intra vtile. ff. de Minor. & ex l. 3. ff. de Preuaricator.*

Tertia Concluſio. Quoties agitur de quæſtione incidenti, quam Doctores noſtri emergentem appellant, vt An delatio ſit concedenda? An procurator ſit idoneus. An libellus ſit ineptus? & ſimilia, quæ cauſæ merita non reſpiciunt, Iudicem pronunciare oportet, *vt in l. A procedente. C. de Dilationib. & in l. liberis. §. vltim. ff. de liberali cauſa. Ibi.* [*Quod ſi pronunciatum fuerit eo tempore, &c.*]

Quarta Concluſio. Licèt neceſſe ſit de tali emergenti quæſtione pronunciare, ſufficit tamen ſi Iudex tacitè pronunciet, ad vlteriora ſcilicet procedendo, exceptione non obſtante. *Argumento textus, in cap. ex parte 67. de Appellatio. ibi: Sed quia dicti Iudices hac exceptione neglecta, &cæt.* Niſi agatur de illa quæſtione: An Iudex ſit competens? tunc enim expreſsè pronunciare debet, vt videatur eſſe certus de ſua Iuriſdictione. *Argumento, l. 2. §. Sed ſi dubitetur, & l. Si quis ex aliena. ff. de Iudicijs.* Sed mihi magis probatur Innocentij ſententia *in c. de Dilat.* videlicet etiam hoc in caſu ſufficere tacitam pronunciationem, vt ſi mandet ad vlteriora procedi. Et ita ſæpiſſimè obſeruatum vidi, ſatiſque Iudex certum ſe eſſe de ſua Iuriſdictione, ita pronunciando, ſignificat. [illegible]que contrarium docent leges allegatæ, et[illegible]id dicant, Iudicem æſtimare debere, an ſua ſit Iuriſdictio, ſi de illa dubitetur, quia dum ita Iudex pronunciat, in conſequentiam pronunciat, ſe competentem Iudicem eſſe.

Poſtrema Concluſio. Vbi criminalis quæſtio concidit cum ciuili, aut contra; ciuilis cum criminali, de ea eſt pronunciandum, prius tamen de criminali, *l. 3. & 4. C. de ordin. Iudicio.*

CAPVT XLIV.

Vtrum Iudex ſecularis de cauſa ſpirituali & Eccleſiaſtica, quoad ea, quæ conſiſtunt in facto cognoſcere, & iudicare queat.

INTER omnes conuenit, Iudicem ſecularem de cauſa ſpirituali, quamuis quæſtio ſit incidens, vel emergens, cognoſcere & pronunciare non poſſe, ita enim ſummus Pontifex docuit, *in cap. Tuam, de ordine cognit. in c. Lator. & in c. Cauſa. Qui filij ſint legitimi, & alibi.* Sed vtrum ſaltem cognoſcere poſſit de ipſo facto, vtputà, an matrimonium fuerit contractum? An ita contractus fuerit celebratus? & ſimilia, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim id licere Iudici ſeculari affirmant Bartolus, *ad leg. Quoties. C. de Iudic. & ad leg. Titiam. ff. Soluto matrimonio.* & ibi etiam Alexand. Couarr. *qui alios commemorat in Epitome de ſponſalibus, parte 2. cap. 8. §. 12. numer. 3. & Senatus Pedemont. deciſ. 137. numer. 11.* Fundamentum eſt, quia talis cauſa merè eſt profana, neque vllo modo ſpiritualis & Eccleſiaſtica. Vnde nihil proponitur, cur ea cognoſci ac definiri non poſſit à Iudice ſeculari.

Cæterùm contrariam ſententiam ſecuti fuere Bald. ad d. l. Quoties, & ad l. Omni nouatione. C. de ſacroſanctis Eccleſijs. Imola, *in d. l. Titia. ff. Soluto matr. & in c. cum in generale, de foro competenti.* Lapus *allegat. 55. Reuerende Domine.* Quibus Doctoribus & ipſe adſtipulor, quoniam hæc quæſtio, licèt in facto conſiſtat, tamen eſt de re ſpirituali & Eccleſiaſtica, de qua Iudex laicus cognoſcere nullo modo poteſt.

Confirmatur hæc ſententia ex ca. ſi Iudex laicus de ſententia Excommunicationis lib. 6. vbi deciditur, quæſtionem illam, an aliquis ſit Clericus? (quæ tamen videtur eſſe quæſtio facti) à Iudice Eccleſiaſtico examinandam & definiendam eſſe. Denique ſi Iudex laicus de quæſtione facti cognoſceret, de quæſtione autem Iuris Iudex Eccleſiaſticus, nihil eſſet aliud, quàm cauſæ vnius continentiam diuidere, contra l. nulli, C. de Iudic. & diuerſis proceſ-

proceſſibus intricare negotium, vt in ſimili caſu dicebat ſummus Pontifex *in c. Tuam, de ordine cognit.*

Ad argumentum reſpondeo, negando quæſtionem facti mere profanam eſſe, deinde dato quod profana eſſet, cum attingat rem ſpiritualem, & circa eam verſetur, ac de ea ſit cognoſcendum in ordine ad cauſam ſpiritualem, tota hæc res videtur mihi à iudice Eccleſiaſtico decidenda.

Capvt XLV.

Vtrum Iudex delegatus alium ſubdelegare poſſit, ſi eam habeat à delegante poteſtatem.

IVdicem delegatum, cui ſubſtituendi alium, ſiue vt Doctores loquuntur, ſubdelegandi poteſtas à delegante conceſſa eſt, poſſe alium ſubſtituere, atque ſubdelegare, docuerunt Bartol. Alberic. Fulgo. Alexan. Zaſius, & alij *in l. More. ff. de iurud. om. iud. Iaſ. in l. À Iudice, n. 9. C. de iudiciis.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex l. Vnum ex familia. §. Si Falcid. ff. de leg. 2. vbi dicitur, electum ab hærede ex poteſtate à Teſtatore data, videri electum ab ipſo teſtatore. Ergo, & in propoſita quæſt. is, qui à delegato ſubſtituitur, videtur ab ipſo delegante ſubſtitutus.

Secundum argumentum eſt ex l. Non diſtinguemus, §. quæſitum. ff. de Arbitris. vbi dicitur: Arbitrum electum à partibus non poſſe controuerſiam in alterius arbitrium conferre. Si tamen talis à partibus poteſtas ei data fuerit, poſſe.

Tertium ſumitur ex l. Cum eſſet, §. vlt. ff. de ſeru. ruſt. præd. dum ibi dicitur, Eum, qui ſeruitutem Aquæductus habet, alteri non poſſe eam ſeruitutem cedere, niſi data ſit à domino poteſtas.

Quartum ſumitur ex l. Solet. ff. de Officio eius cui mandata eſt iuriſd. & aliis ſimilibus locis, quibus dicitur, delegatum fungi vice delegantis. Si enim vice delegantis fungitur, Ergo ſubdelegare poteſt.

Quintum & poſtremum argumentum eſt huiuſmodi. Quæ iure Magiſtratus competunt, delegari poſſunt, *l. 1. ff. de Officio eius cui mandata eſt Iuriſdict.* Sed delegandi poteſtas iure Magiſtratus competit, *l. Imperium, ff. de iuriſdict. omn. iudic.* Ergo alteri mandari poteſt. Si mandari poteſt. Igitur delegatus talem habens poteſtatem ſubdelegari poterit.

Cæterum contrariam ſententiam ſecuti fuere Petr. & Cyn. *in d. l. More.* Specul. *in tit. de iudice delegato. §. 2. ver. Sed nunquid ſubdelegatus.* Ioan. Imolen. *in cap. ſuper quæſtionum. §. porro, nu. 7. de officio delegati.* Et hanc ſententiam veriorem eſſe dicit Alexan. *in d. l. à iudice, C. de iudic.*

Argumenta ſunt iſta. Primum eſt ex d. l. à iudice, & ſimilibus, quibus dicitur, A Iudice Iudicem datum, Iudicem dare non poſſe, niſi à Principe Iudex datus fuerit, & ſic ſpecialiter conſtitutum eſt, vt delegatus duntaxat Principis, alium ſubdelegare poſſit.

Secundum argumentum. Iudex incertus dari non poteſt, *c. Adhæc, C. de reſcript.* Ergo delegato Iudici ſubdelegandi poteſtas dari non poteſt, quoniam ſi dari poſſet, Iudex incertus daretur.

Tertium argumentum. Delegandi poteſtas maioribus duntaxat Magiſtratibus conceſſa eſt, *l. Cum prætor. ff. de Iudiciis.* Ergo non poteſt alteri concedi. Videretur autem concedi poſſe, ſi diceremus, delegatum ſubdelegare poſſe ex poteſtate ſibi conceſſa.

Tertia eſt ſententia Angeli *in d. l. More*, ita diſtinguentis, vt ſiquidem poteſtas ſubdelegandi fuerit ſimpliciter conceſſa, tunc delegatus ſubdelegare non poſſit, ſecundum ſententiam poſteriorem, ſecus autem ſi delegato ea poteſtas data fuerit, vt nomine ipſius delegantis, ſubdelegare poſſit, quia tunc ſubdelegare poterit, iuxta priorem ſententiam.

Quarta & poſtrema eſt ſententia Decij *in comment. d. l. More, nu. 42.* aliter diſtinguẽtis. Vt ſi poteſtas ſubdelegandi data fuerit certæ perſonæ nominatæ, tūc liceat delegato, eam perſonam ſubſtituere, & ſubdelegare; ſecus autem, ſi generaliter poteſtas data fuerit ſubdelegandi. Proqua

diſtinctione argumentum ſumit ex c. Si cui nulla, de præb. lib. 6.

Mihi eorum ſententia probabilior videtur, qui delegatum negãt ſubdelegare poſſe. Et moueor eo argumento, quod ſupra tertio loco pro hac ſententia relatum eſt, quodq; planius & plenius deduci poteſt in hunc modum. Quæcunq; ſpecialiter lege, vel Senatuſcõſulto, vel Cõſtitutione Principum certis tribuuntur Magiſtratibus, ea in alios transferri non poſſunt ab ipſis Magiſtratib. *L. 1. ff. de offic. eius, cui manda. eſt iurisd.* Sed poteſtas Iudicem dandi, ſiue, vt Doctores loquuntur, delegandi, ac ſubdelegandis, certis Magiſtratib. conceſſa eſt ſpecialiter lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione Principum. Ergo non poteſt talis Magiſtratus eam poteſtatẽ in alios trãſferre. Quod ſi verum eſt, ſequitur delegantem concedere non poſſe delegato, talem ſubdelegandi poteſtatẽ, & per conſequens ipſum delegatum ſubdelegare non poſſe, licet talem habuerit poteſtatem.

Minor propoſitio probatur ex l. Cum Prætor. ff. de Iudicijs, in illis verbis: [*Iudicem dare poſſunt, quibus hoc lege, vel Conſtitutione, vel Senatusconſulto conceditur.*] Ergo poteſtas dandi iudicem in illum transferri non poteſt, *l. 1. ff. de off. eius, &c.*

Ad primum argumentum reſpondeo, Id tantum probare, ſcilicet ſubdelegatum ab ipſo delegante datum videri: Sed obſtat huic rei, quod delegans eam poteſtatem delegato conferre non potuit.

Ad ſecundum reſpondeo, illud in arbitris procedere eam ſpecialem ob cauſam, quod vniuerſa arbitrorum poteſtas, pendet ex compromiſſo, & ex poteſtate à partibus ipſis arbitris data, *l. non diſtinguimus. §. de offic. ff. de recept. arb.*

Ad tertium reſpondeo, illud in priuatis iuribus, & negotijs locum habere, quorum dominus eſt moderator, & arbiter, ſecus in Iudiciis & Magiſtratibus eſt dicendum, quia iura Magiſtratuum & Iudiciorum ex legum forma ſunt metienda, atque cenſenda, non cuiuſuis arbitrio.

Ad quartum reſpondeo. Nego conſequentiam. Etſi enim delegatus fungitur vice delegantis, non tamen omnia poteſt expedire ac facere, quæ poteſt delegans, quia nec ipſe delegans poteſt, talem delegato tribuere facultatem.

Ad vltimum reſpondeo. Negando Iudicis dandi poteſtatem, iure Magiſtratus cõpetere; quoniam ijs tantum competit, quibus à lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione conceditur, *vt in d. l. Prætor. ff. de Iudiciis.* Nec contrarium docet l. Imperium, ff. de iuriſdict. omnium iud. quoniam id tantum docet, Iuriſdictionem eſſe etiam iudicis dandi licentiam, ſed non dicit, eam licẽtiam competere omnibus Magiſtratibus Iuriſdictionem habentibus.

CAPVT XLVI.

An delegatus vnum ſaltem ipſius cauſæ articulum ſubdelegare poßit.

SEd & illud controuertitur: An delegatus poſſit vnum ſaltem ipſius cauſæ articulum ſubdelegare? Et poſſe reſpondit Bart. *in l. More, ff. de iuriſdict. omn. Iud.* Authoritate tex. in Clem. 1. de offic. deleg. quæ tamen nihil facit, cum de Principis delegato loquatur. Quamobrem communior & verior eſt ſententia talem delegatum nõ poſſe vnum articulum cauſæ ſubdelegare. Ita docent Alexan. Iaſon & alij *in l. à iudice, C. de iud.* & probatur ſatis luculenter ex l. à iudice, C. de iud. dum ibi generaliter habetur, iudicem datum, alium iudicem dare non poſſe. Item probatur ex ratione, quod delegatus nihil proprium habet, ſed delegantis iuriſdictione vtitur, *l. 1. §. Qui mandatam, ff. de officio eius, &c.* Quare ad inſtar vſurarij ſuum ius in alium transferre non poteſt, nec in totum, nec in partem.

CAPVT XLVII.

Vtrum delegatus principis cauſas meri Imperij ſubdelegare poßit?

NOn deſunt qui exiſtiment, Principis delegatum cauſas meri imperij ſubdelegare poſſe, quibus tamen alij non pauci aduerſantur, *vt videre licet ex Iacobo Menochio de Arbitr. Iud. q. 54.*

Affirmantis ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum ex l.1.C. Qui pro ſua iuriſdictione,&c.in illis verbis: [*Hæc teneant, niſi Iudices à nobis ſpecialiter delegantib.dati, alijs cauſas delegauerint iudicandas. Nam his delegantibus nullo perſonarum, cauſarumve habito tractatu appellationum ad eos iura remeabunt.*]

Secundum argumentum. Cauſæ meri imperij cum alicui delegantur à Principe, videntur eſſe iam delegabiles effectæ, vt dicitur de re ſemel alienata, quod ſit alienabilis effecta, vt loquuntur noſtri, *in l.Pater.§. Quindecim, de leg.3.* Ergo delegari poſſunt.

Tertium argumentum. Delegatus Principis eſt maior ordinario, *c.paſtoralis, de offi. deleg.* Ergo vt aliquid plus iuris, quam Ordinarius habeat, delegare huiuſmodi cauſas poterit, licet ordinarius non poſſit.

Quartum & poſtremum, Subrogatum ſortitur naturam eius, in cuius locum ſubrogatur, *l.Si eum.§.qui iniuriarum.ff.ſi quis cautio.* Ergo delegatus Principis, videtur eſſe loco principis. Et conſequenter delegare poſſe tales cauſas, ſicuti Princeps poteſt.

Iſtis nil morantibus, contraria ſententia mihi magis probatur. Primo authoritate l.1.ff. de offic. eius, cui mand.eſt iuriſd.ibi, [*Et ideo videntur errare Magiſtratus, &c.*] Patet enim ex illa lege, quæcunque ſpecialiter, lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione Principum demandantur, ſicuti ſunt cauſæ meri imperij, non poſſe alijs demandari. Secũdo ex regula generali: Nemo poteſt gladij poteſtatem ſibi cõceſſam ac demandatam alij demandare, *l.Solet, ff.de offic. Proconſ.l.Nemo poteſt gladij.ff.de reg.iur.*

Ad primum argumentum reſpondeo, non eum eſſe ſenſum dictæ l.1.vt delegatus Principis poſſit nullo adhibito diſcrimine, cauſas omnes alijs demandare, ſed ſenſus eſt, Neminem poſſe alienæ iuriſdictionis cauſam delegare, ſed ita demum delegationes valere, ſi ad iuriſdictionem pertineant delegantis. Cæterum ſi iudices ab Imperatore ſpecialiter, dati alijs cauſas delegauerint, non eſſe tractandum, an cauſæ pertineant ad iuriſdictionem delegantis: quia omnes cauſæ poſſunt ab Imperatore delegari, cum in omnes iuriſdictionem habeat: Et conſequenter iudices delegati ab Imperatore, ſi alijs cauſas delegauerint, non eſt dubitandum, quin delegare potuerint, cum Imperatorem ipſum repræſentent, & ab eo delegati fuerint, is vero in vniuerſos iuriſdictionem & imperium habeat.

Ad ſecundum reſpondeo, lõge alienum eſſe à quæſtione noſtra id, quod habetur in d.§.quindecim, nec ita licere ex Boccardicis, vt vocant, argumentari, ad quæſtionem longe diuerſam.

Ad tertium nego conſequentiam, quia argumentum, à minori ad maius, valet ad negandum, non ad affirmandum, hoc modo. Non licet hoc facere illi qui eſt maior. Ergo neque illi, qui eſt minor, non autem ita. Id non poteſt facere is, qui minor eſt. Ergo facere poterit is, qui maior eſt. Fieri enim poteſt, vt neque maiori, neque minori data ſit ea poteſtas.

Ad poſtremum reſpondeo. Delegatum Principis fungi vice delegantis, & loco Principis haberi, quo ad cognitionem cauſæ demandatæ: ſed præterea nihil proprij iuris habet, ideo nec delegare poteſt, præſertim legibus id vetantibus, vt iam dictum eſt.

Caput XLVIII.

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in l. Vnica, C.de ſent. quæ pro eo, quod intereſt, nempe id, quod intereſt, dupli quantitatem excedere non poſſe.

CVm Iuſtinianus dicat *in l.Vnic.C.de ſententiis quæ pro eo, quod intereſt, proferuntur:* Id quod intereſt, excedere non poſſe dupli quantitatem, controuerſia eſt inter Doctores, quomodo id accipiendum ſit. Et quidem Placentinus dicebat, ſic accipiendum eſſe, vt non excedat duplũ pretij conuenti, Bulgarus autem, vt non excedat duplum pretij communis. Accurſius: [*Nec vnum, nec aliud,* inquit, *ſed quod plus eſt.*] hoc eſt ſi commune pretium rei in cõtractum deductæ, ſit maius pretio conuento, id duplandum

plandum eſt, Si vero pretium conuentum maius ſit pretio communi, illud duplari debet. Accurſiũ ſequi videtur Bartol. ſed Placentini ſententia verior & communior eſt; Secuti eam ſunt Alciatus, Cagnol. Rebuff. Decius & Cuiacius *in Commen. d.l. vnica.*

Itaque, ſi rem venditam pretio centum aureorum, mihi tradideris, id, quod mea intereſt, petam, *l. 1. ff. de actio. emp.* Cæterum illud excedere non poterit duplum dicti pretij. Probatur hæc interpretatio, quia in duplo ſimplum ineſt §. *Tripl. in Inſtit. de act.* Simplum autem eſt æſtimatio rei in contractum deducta & expreſſa à cõtrahentibus, non autem communis æſtimatio, quia ad eam non reſpexerunt cõtrahentes. Huc accedat, quod Imperator loquitur de caſibus, qui certam habent quantitatem, & in illis ſtatuit id, quod intereſt, duplum excedere non poſſe. Vnde neceſſario id referendum eſt ad æſtimationem in contractum deductam, quæ certa eſt & definita, nõ autem ad communem æſtimationem quæ incerta & varia eſſe poteſt.

Capvt XLIX.

Vtrum etiam in delictis id, quod intereſt, ad dupli condemnationem ſit reſtringendum.

ID, quod intereſt in caſibus, qui certã habent quantitatem, vel naturam, duplum excedere non poſſe, certi iuris eſt. Sed non vſque adeo exploratum eſt, An & in delictis, ſeu in obligationibus, quæ ex delictis deſcendunt, idem conſtitutum eſſe intelligatur. Affirmant Bart. *ad l. vnic. C. de ſentent. quæ pro eo, quod intereſt, nu. 26.* Dec. *nu. 70.* Rebuff. *ſuper glo. in verb. In omnib. caſibus.* & fundamentum ponunt in d.l. vnica, in illis verbis: [*Sancimus itaq; in omnib. caſibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, &c.*] Hæc.n. verba generalia comprehendere videntur omnes caſus etiam ex delictis deſcendentes, & licet textus ſubiungat; [*Veluti in venditionibus & locationibus, & in omnibus contractibus.*] Exempla tamen non reſtringunt regulam, ſecundum regulas vulgares.

Cæterum contrariam ſententiam Alciatus habuit *in commen. eiuſdem l. vnica, c. 10.* Motus primo ex l. Iulianus, ff. de act. empt. vbi patet, id, quod intereſt, excedere duplum, quia prouenit ex dolo venditoris, qui ſcienter, tignũ vitioſum, & pecus morboſum tradidit.

Secundo ex l. Inficiando. §. 1. ff. de furtis. Vbi Iuriſconſultus ita dicit: [*Si tibi ſurreptũ eſt, quod niſi die certa dediſſes, pœnã promiſiſti, ideoq; ſufferre eam neceſſe fuit, furti actione hoc quoque æſtimabitur.*] Ex hoc loco argumentum ſumitur, quia talis pœna duplum excedere potuit, rei furto ſubtractæ.

Tertio ex l. Semper. §. Hoc interdicto. ff. quod vi aut clam: [*in hoc interdicto,* inquit, *tanti illis æſtimatur, quanti Actoris intereſt, opus factum non eſſe.*] Ergo duplum excedere poterit.

Ego Alciati ſententiam probabiliorem eſſe iudico. Sed primum & tertium argumentum nil me mouent: Nam quod attinet ad l. Iulianus, illa loquitur in caſu incerto, Nempe cum id, quod intereſt, debetur ex ea ſtipulatione, Dolum malum abeſſe oportere, ſicuti declarat Alciat. *in Comment. d.l. vnic. c. 9. n. 26.* Item illa lex loquitur non in delictis, ſed in contractu emptionis & venditionis. Quod vero attinet ad text. in §. Hoc interdicto, loquitur in caſibus incertis. Reſtitutionis enim cauſa, vtpote facti, incerta eſt, ſicuti optime declarat Iacobus Cuiacius *in Paratit. C. de ſent. quæ pro eo, quod intereſt.*

Vt igitur Alciati ſententiam amplectar, illud me primum impellit, quod Imperator *in d.l. vnica,* conſtitutionem edidit de eo, quod intereſt, vt antiquorum Iuriſconſultorum circa illud infinitatem & prolixitatem tolleret. Talis autem prolixitas in delictis non erat, quia in delictis plerunq; agitur de pœna, non autem de eo, quod intereſt. Deinde exempla profert in contractib. & licet exempla non reſtringant regulam, declarant tamen in quibus caſibus regula ſit intelligenda, *vt docet gloſſ. in l. nunquam plura. ff. de priuatis delictis, & præclare Bellonus lib. 3. ſupput. iuris. c. 10. n. 1.*

Secundo mouet me tex. in d.l. Inficiando. §.

do. §.

ao. §. 1. Reſpondet Bart. ibi non agi de intereſſe, ſed de pœna. Non rectè. Quia textus ait: [*Hocquoque aſtimabitur.*] Illud verò non eſt pœna furti, ſed eſt intereſſe eius, qui furtum paſſus eſt, quia ſcilicet, pœnam ſoluere coactus eſt, propterea, quod rem non tradidit, quia furto ſubtracta fuit.

Reſpondet ſecundò Rebuffus *loco ſuperius annotato*. Illum textum eſſe declarandum ex l. vnica. vt ſcilicet, talis æſtimatio duplum excedere non poſſit, rei furto ſublatæ. Non rectè. Quia nec textus hanc declarationem patitur, & pœna promiſſa potuit eſſe triplo maior.

Tertiò, reſpondet idem Rebuffus, dictum textum loqui de pœna certa, & conuenta inter partes, quæ quantumcunque ſit, præſtanda eſt. Non rectè. Quia pœnæ ſtipulatio interpoſita non fuit inter furem & dominum rei, ſed inter dominum rei, & alium tertium, & nihilominus fur condemnatur in id, quod intereſt ipſius domini propter eam pœnæ ſtipulationem.

Capvt L.

Vtrum pœnæ conuentionales duplum excedere poſſint.

IN explicatione eiuſdem l. vnicæ. C. de ſentent. quæ pro eo, quod intereſt, proferuntur, controuerti ſolet de pœnis conuentionalibus, an poſſint excedere duplum, ad ſimilitudinem eius, quod intereſt. Et variæ ſunt, diſſidentesque Doctorum ſententiæ.

Prima eſt Accurſij eo loci, vt ſiquidem pœna conuentionalis adijciatur per verba multiplicatiua (ita enim ipſe loquitur) veluti duplum, triplum, quadruplum, &cæt. tunc quadruplum excedere non poſſit, ſicuti nec pœnæ legales, *vt in §. omnes. Inſtitut. de actio.* Aut adijcitur certa ſumma expreſſa, puta mille, &c. & valet in infinitum. *Argumento text. in §. Alteri in Inſtit. de mut. ſtip. & in l. Stipulatio iſta, §. Alteri. ff. de verbor. obligat.*

Secunda eſt ſententia Bartoli, *in d. l. vnica, numer. 21.* Aut iſta nomina duplum, triplum, &c. referuntur ad certam & taxatam quantitatem, & tunc poteſt aſcendere pœna in quantum contrahentes voluerint, quia eadem eſt ratio, ſicuti quando profertur per nomina ſimplicia. Tantundem enim eſt dicere ſub pœna mille, quantum ſi dicerem ſub pœna quadrupli, cùm ducenta ſunt promiſſa: Si verò iſta verba referantur ad quantitatem incertam, non poteſt excedere quadruplum: imò fortè nec duplum, *argum. d. l. vnica.*

Tertia eſt ſententia Lud. Romani *in conſil. 510.* & Menochij *de Arbitr. Iud. caſu 260.* vt ſi quidem pœna adijciatur propter contemptum, tunc arbitrio iudicis ſit definienda; ſi verò loco intereſſe adijciatur, tunc ſi contractus certam contineat quantitatem, duplum excedere non poterit, ſicut nec illud, quòd intereſt. Excipiuntur tamen aliqui caſus, *vt ibi per Menochium, num. 33.*

Quarta eſt ſententia Alciati *in commentarijs d. l. Vnicæ, cap. 11.* Pœnam conuentionalem excedere non poſſe id, quod re vera intereſt: Videtur enim in eius locum ſubrogata, & Imperator Iuſtinianus *in d. l. Vnica.* argumentum ſumit ex pœnarum moderatione, ad moderationem eius, quòd intereſt.

Quinta eſt ſententia Petri & Imolæ ac aliorum, quos Rebuffus commemorat *in comment. d. l. Vnicæ, in gloſſ. in ver. Proferuntur.* pœnam conuentionalem, ad inſtar pœnæ legalis, quadruplum excedere non poſſe.

Poſtrema eſt ſententia Innocentij *in cap. Sacro. de ſentent. excommun.* Et Rebuffi *loco annotato, numer. 33.* Pœnam conuentionalem, & duplum, & quadruplum excedere poſſe, & quantacunque fuerit in ſtipulationem deducta, præſtandum eſſe, niſi in fraudem vſurarum fuerit promiſſa: *iuxta l. Iulianus, §. ibidem Papinianus, ff. de act. empt.*

Confirmatur hæc ſententia ex regulis generalibus, quibus dicitur contractus ex conuentione legem accipere, *l. 1. §. Si conueniat. ff. de Pactis.* Pacta & promiſſa ſeruanda, *l. 1. ff. de Pactis. cum ſimilibus.* Sed iudicio meo melius confirmari poteſt ex l. Stipulatio iſta. §. alteri. ff. de verbor. obligat. vbi dicitur, non eſſe inſpiciendum quid inteſit, ſed quæ ſit pœnæ quantitas in ſtipulationem deducta.

H Et

Et hæc ſententia videtur mihi cæteris longè probabilior, ſi modò ita intelligatur, vt valeat quidem pœnalis ipſa conuentio, & ſtipulatio, quantacunque ſit pœna, ſed tamen iudex moderari ac taxare debeat ipſam pęnam, nec pati, vt immoderata exigatur pœna, ſicuti docet S. Pontifex *in c. Suam, de pœnis.* quo ex reſponſo exemplum ſumi poteſt pœnæ & immoderatæ & meritò damnandæ. Atque hæc ſententia diſertè probatur ex verbis d. l. Vnicæ, ibi: [*Cùm ſciamus eſſe natura congruum, eas tantummodò pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine concluſæ ſtatuuntur.*] Atque ita ſe vidiſſe obſeruatum à Senatu Pariſienſi teſtatur Rebuff. *loco ſuperius annotato, num.* 49.

CAPVT LI.

Vtrum aduerſus rem iudicatam reſtitutio detur propter inſtrumenta nouiter reperta, cùm quis ex iuſta & probabili ignorantia, ea non produxerit.

DVÆ ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Altera affirmans, altera negans. Affirmantis authores ſunt Innoc. Ioan. Andr. Bald. & Panorm. *in c. vltra tertiam, de teſtib.* & alij: *quos refert, & ſequitur Sfortia Oddus, de reſtitut. in integrum, quæſt.* 72. *artic.* 3. Negantis autem Cuman. *in l. Imperatores, ff. de re iud.* Fulgoſ. *in conſil.* 181. *necnon in l. Arbit. §. Dolo. ff. de dolo malo.*

Affirmantis ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, Reſtitutio in integrum ex iuſta cauſſa conceditur, etiam maioribus vigintiquinque annis. *l.* 1. *ff. ex quib. cauſ. maior.* Sed ignorantia eſt cauſſa iuſta & probabilis. *l.* 1. *§. ſi quis autem. ff. de itin. actuque priua.* Ergo, &c.

Secundum argumentum eſt ex l. ſi mater. ff. de except. rei iud. in illis verbis: [*Si peteret rurſus hæreditatem ob ſtatutam exceptionem rei iudicatæ. Neratius ait: Ego exceptionem obeſſe ei rei iudicatæ non dubito, ſed ſi ex cauſa ſuccurrendum erit ei, &c.*]

Tertium ſumitur ex l. Argentarius. §. vltim. ff. de edendo. iuncta vltim. ff. De eo per quem factum erit, &cæt. Dicitur ibi: eum, per quem factum erit, ne aliquis ſe in iudicio ſiſtat, condemnandum in id, quòd actoris intereſt. Quòd ſi ſoluendo nō ſit, aduerſus ipſum reſtitutoriam actionem competere. Dicitur autem in d. §. vltim. Argentarium qui rationes alicui non edidit, qui propterea ſuccubuit, condemnandum eſſe in id, quod rationes petentis interfuit, rationes editas fuiſſe. Ergo, ſi argentarius ſoluendo non ſit, actio reſtitutoria aduerſus ipſum reum competet, *argum. d. l. vltim.* Conſequenter in integrum actor reſtituetur, vt cauſam ex integro agere poſſit. Vrget hoc argumentum Sfortia Oddus *loco annotato.*

Negantis autem ſententiæ, Primum argumentum eſt. Rerum iudicatarum authoritas eludi non debet, l. Seruo inuito. § cùm Prætor. ff. ad Trebell. Sed ſi reſtitutio in integrum daretur hoc in caſu, eluderetur authoritas rei iudicatæ. Ergo reſtitutio concedenda non eſt.

Alterum argumentum. Is, qui fortuito caſu læditur, in integrum non reſtituitur, etiam ſi minor ſit, *l. Verum. §. ſi locupletu ff. de minorib.* Sed is, qui victus eſt in iudicio, propterea quòd inſtrumenta non produxit ex ignorantia, vel alio impedimento, videtur caſu fortuito victus. Ergo reſtituendus in integrum eſt.

Hæc ſententia negans videtur mihi veriſſima, authoritate l. Sub ſpecie. C. de re iudic. [*Sub ſpecie nouorum inſtrumentorum poſtea repertorum* (ait textus) *res iudicatas reſtaurari, exemplo graue eſt.*]

Hęc verba ſunt generalia, & conſequenter comprehendunt eum caſum, quo quis ignorantiam habuit inſtrumentorum, & ideò illa non exhibuit. Id patet ex illis verbis: [*Sub prætextu nouorum inſtrumentorum poſtea repertorum.*] Si noua ſunt inſtrumenta & poſtea reperta; Ergo illa non erant litigatori nota, ſed poſtea illa inuenit & extare cognouit.

Confirmatur hæc interpretatio, quia ſi de eo tantùm intelligatur textus, qui ſcientiam habuit inſtrumentorum, & ea non exhibuit, cùm poſſet exhibere, certè nulla eſt

ratio

ratio dubitandi, quin res iudicata inſtaurari nequeat.

Si dicatur argumentum procedere, quò ad ius ipſum ordinarium, ſed quæſtionem loqui de in integrum reſtitutione. Reſpondeo, rationem legis locum habere etiam in integrum reſtitutione, quia ſcilicet exemplo graue eſt, res iudicatas inſtaurari.

Quid? quod text. in l. Imperatores. ff. de re iud. loquitur de ipſa reſtitutione, & ſic ait: *Impp. Verus & Antoninus reſcripſerunt, quanquam ſub obtentu nouorum inſtrumentorum reſtitui negotia minimè oporteat? &c.*]

Ad primum argumentum reſpondeo, Maiores in integrum reſtitui, ex iuſta cauſa, quò ad per leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, & cap. Licet, vt in d. l. ff. ex quibus cauſ. maior. Sed per leges non licet, hoc in caſu, quia ignorantia non eſt iuſtum impedimentum, & iuſta cauſa reſtitutionis maiorum eſt, quando ſunt in vinculis, vel in hoſtium poteſtate, vel cauſa Reipublicæ abſunt, *vt in d. l. & in toto titulo.* non autem cùm inſtrumenta & iura ſua ignorarunt.

Ad ſecundum reſpondeo, textum in l. ſi mater, non obſtare, quia loquitur, quando ex vna tantùm cauſa quis egit, cùm & alia ſubeſſet. Mater ibi bona filij vindicabat ex Senatuſconſulto, tanquam inteſtati defuncti, & quia putabat patrem in teſtamento alium ſubſtituiſſe filio ſuo, dicebat ruptum eſſe teſtamentum patris, & ſic ſubſtitutioni locum non eſſe. Quia verò teſtamentum ruptum non erat, ſuccubuit. Poſtea apparuit nullum in eo teſtamento ſubſtitutum fuiſſe, ait Iuriſconſultus, ſuccurrendum eſſe ei, quæ vnam tantùm cauſam egit rupti teſtamenti, vt nempè aliam cauſam deducere poſſit, vt ibi. Hæc ſpecies longo diſtat interuallo à quæſtione noſtra, in qua de reſtauranda lite contra rem iudicatam agitur, ex eadem cauſa, propter inſtrumenta nouiter reperta.

Ad tertium reſpondeo, Dato quòd reſtitutoria actio competeret aduerſus debitorem in ſpecie, *l. Argentarius. §. vltim.* tamen id procederet Argentario exiſtente non ſoluendo. Item quando argentarius dolo feciſſet, quò minus rationes ederet, ne ſcilicet ex eius dolo debitor lucrum faciat: Et ſic multa concurrunt in ea ſpeciei ſed nos loquimur abſolutè ac ſimpliciter, an ex iuſta ignorantia quis reſtituatur aduerſus rem iudicatam ex inſtrumentis nouiter repertis. Et meritò negamus reſtituendum, vt patet ex prædictis.

Capvt LII.

Vtrum ſententia retractari poſſit prætextu teſtamenti nouiter reperti?

Sententiam latam retractari poſſe prætextu teſtamenti nouiter reperti authores ſunt gloſſ. *in l. 1. §. Ratio. ff. Quemadmodum teſtamenta aperiantur.* Bald. in *l. 3. §. 1. ff. de tranſactio.* Roman. *ſing.* 198. & alij, *quos refert & ſequitur Sfortia Oddus de reſtitutione in integrum, part. 2. quæſt. 73. artic. 4.*

Argumenta verò ſunt iſta. Primùm, ſententia & tranſactio æquiparantur, *l. non minorem, C. de tranſactio.* Sed tranſactio retractatur prætextu teſtamenti nouiter reperti, *l. Imperatores. §. Cùm tranſactio, l. non eſt ferendus. ff. de tranſact.* Ergo & ſententia.

Secundum, De his, quæ pendent ex teſtamento, ſicut tranſigi non poteſt, niſi, perſpectis, cognitisque verbis teſtamenti, *l. de his. ff. de tranſactio.* ita nec iudicari poteſt, *l. 1. §. Ratio. ff. Quemadmodum teſtamenta aperiantur:* ait Iuriſconſultus, [*ſine iudice tranſigi, neque apud Iudicem exquiri veritas de his controuerſijs, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, aliter poteſt, quàm inſpectis, cognitiſque verbis teſtamenti.*] Igitur ſententia non valet. Conſequenter ob teſtamentum nouiter repertum retractari poteſt.

Tertium argumentum eſt ex l. Si mater, ff. de exceptione rei iudicatæ. Vbi mater, contra quam fuit iudicatum, admittitur tamen ad petendam hæreditatem ex teſtamento, in quo apparuit nullum fuiſſe datum ſubſtitutum.

Quartum, iuramentum & ſententia æquiparantur, *l. nam & poſtea. §. Qui temporali. ff. de iureiurando.* Sed iuramentum retractatur propter teſtamentum nouiter reper-

tum, l. vlt. C. de rebus creditis. Ergo & ſententia.

Contrariam ſententiam habuerunt gloſſ. *in l. 3. §. Si legatarius. in verbo, Euicerit, ff. Si cui plus quàm per legem falcidiam*: & Alexand. *in l. ſub prætextu inſtrum. num. 5. C. de tranſact. & in l. Imperatores, num. 2. ff. de re iud.*

Quorum illud eſt fundamentum, quod generaliter lege ſit cautum, ſententiam retractari non poſſe prætextu inſtrumentorum nouiter repertorum, *l. Sub ſpecie. C. de re iudicata, l. Imperatores, ff. de eodem tit.* Teſtamentum autem eſt inſtrumentum, *l. 1. ff. de fide inſtrumentorum.*

Ego autem animaduerto, duobus modis potiſſimùm accidere poſſe hanc controuerſiam ex teſtamento nouiter reperto. Primum, Si quis petat certam quantitatem teſtamento ſibi relictam, & ſecundùm eum pronunciatum ſit. Deinde aliud teſtamentum proferatur, in quo maior quantitas relicta ſit. Hoc in caſu agi poteſt, ex nouo teſtamento, re iudicata non obſtante, quia noua petitio eſt, & nouum iudicium, diuerſum à primo, *l. 2. ff. de except. rei iud. l. Si ex teſtamento, ff. eodem.*

Secundò. Si quis agat ex teſtamento, & ex iudicis ſententia conſequatur legatum, vel hæreditatem, poſtmodum appareat aliud teſtamentum, quo illud prius reuocatum ſit. Atque in hoc caſu res iudicata retractari non poteſt, ſub prætextu talis teſtamenti nouiter reperti. Nam ex tali teſtamento nihil aliud conſtat, quàm nil deberi ei, pro quo eſt pronunciatum. Tanta eſt autem rei iudicatæ authoritas, vt reſcindi non poſſit, etiamſi conſtet, poſtea nil deberi, nec repeti poteſt, quòd indebitè ſolutum eſt authoritate rei iudicatæ, *l. Si fideiuſſor. §. in omnibus. ff. Mandati. l. 1. C. de condict. indeb.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, tranſactionem ideò retractari, quoniam tranſigentes de eo tantùm cogitaſſe cenſentur, quòd in ea ſcriptura tabularum, quas tunc nouerunt, continebatur, vt verbis vtar Iuriſconſulti *in l. non eſt ferendus, ff. de tranſact.* quæ ratio non habet locum in ſententia.

Ad ſecundum reſpondeo, nihil aliud ex eo probari, niſi, quòd iudex ferre ſententiam nequeat, de his quæ pendent ex teſtamento, niſi cognitis verbis teſtamenti. Quòd ſi teſtamentum viderit, & ſuper eo pronunciauerit, non debet res iudicata retractari, quamuis aliud teſtamentum poſtea repertum fuerit.

Ad tertium reſpondeo, l. ſi mater. loqui, cùm quis egit ex vna cauſa, deinde vult agere ex alia, licèt ex eodem facto. Hoc in caſu ſuccurritur ei, vt agere poſſit. Ideóque mater, quæ cauſam tantùm rupti teſtamenti intentauerat, ex teſtamento agere poteſt, quod ruptum non eſſe, pronunciatum eſt, quia nullus in eo datus fuit ſubſtitutus, ſicut mater ipſa putauit, ob quam cauſam & teſtamentum ruptum eſſe dicebat. Nos autem loquimur cùm res iudicata directè impugnatur ex teſtamento nouiter reperto.

Ad quartum reſpondeo. Iuramentum retractari per teſtamentum nouiter repertum, quia iuramentum eſt ſpecies tranſactionis, *l. 2. ff. de iureiurand.* & tranſactio retractatur, vt dictum eſt, ex teſtamento nouiter reperto, *l. Non eſt ferendus, ff. de tranſactio.*

Capvt LIII.

Vtrum Eccleſia aduerſus rem iudicatam audienda ſit, propter inſtrumenta de nouo reperta?

Controversia eſt in eadem materia, vtrum Eccleſia reſtituenda ſit in integrum aduerſus rem iudicatam, propter inſtrumenta nouiter reperta. Nam ſunt qui affirmant, ſunt qui negant, ſunt qui ex iuſta cauſa reſtituendam putent, cùm videlicet apparet, eam vſam eſſe omni diligentia, vt inſtrumenta inueniret, nec inuenire potuiſſe, *vide Iaſon. in l. Imperatores, ff. de re iud. numer. 8. & Sfortiam Oddum de reſtitut. in integrum, part. 2. quæſt. 75. art. 2.*

Ego puto ex cauſa reſtituendam. Moueor Authoritate d. l. Imperatores, ff. de re Iudicata. vbi dicitur, in negotio publico ex cauſa permitti, vt quis aduerſus rem

Iudi-

Iudicatam nouis inſtrumentis vtatur. Si in cauſa, & negotio publico, id eſt permiſſum, ergo, & in negotio Eccleſiæ permittendũ erit: videtur enim publicum, *arg. cap. ius publicum, diſtinct.* 1. imo Eccleſia & ciuitas æquiparantur, *vt ſolet notari in l. fin. C. de ſacroſanct. Eccleſ.*

Secundo moueor: quia Eccleſia vtitur Iure minoris *cap. 1. de reſtit. in integrum.* Sed minor reſtituendus, ergo & Eccleſia. Minorem eſſe reſtituendum probo ex l. Minor. 37. ff. de Minoribus, vbi iuriſconſultus, ait Minorem in integrum reſtitui propter allegationẽ omiſſam, ergo multo magis propter inſtrumenta non exhibita.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt in c. ſuborta, de ſentent. & re iudic. in illis verbis: [*Si vero non fuerit coram eo exhibitum prætextu priuilegij de nouo reperti, non debet ſententia retractari.*]

Reſpondeo, illum textum non obſtare, quia & nos dicimus regulariter Eccleſiam retractari non poſſe rem iudicatam propter inſtrumenta nouiter reperta, ſed non propterea efficitur, quin ex cauſa reſtituenda ſit in integrum, & audienda contra rem Iudicatam, ſicuti in cauſa, & negocio publico conſtitutum eſt, *vt in d. l. Imperatores. ff. de re iud.*

CAPVT LIV.

Cum malæfidei poſſeſſor ſumptus neceſſarios repetere poſſit in rem factos, cur in ſpecie l. 1. C. de infantibus expoſitis, non liceat furi alimenta repetere.

MAlæfidei poſſeſſorẽ ſumptus neceſſarios in rem factos repetere poſſe, docet text. *in l. Domum. C. de rei vend.* Cæterum cur in ſpecie, *l. 1. C. de infantibus expoſitis,* non idem ſit conſtitutum, non eſt eadem omnium ſententia. Verba textus hæc ſunt. [*Si inuito, vel ignorante te partus ancillæ, vel adſcriptitiæ tuæ expoſitus ſit, repetere non eum prohiberis, ſed reſtitutio eius, ſi non à fure vindicaueris, ita fiet, vt ſi qua in alendo, vel ſorte ad diſcendum artificium iuſſe conſumpta fuerint, reſtituas.*] His verbis patet, furem tales ſumptus repetere non poſſe. Sumptus autem in alendo neceſſarij eſſe dicuntur.

Prima eſt ſententia Accurſij, Aliud eſſe conſtitutum in malæfidei poſſeſſore aliud in fure. Non rectè, quia etiam Prædo ſumptus neceſſarios repetit, *l. plane. ff. de petitione hereditatis.*

Secunda eſt ſententia Petri Cyni & Caſtrenſis, idcirco in ſpecie *d. l. 1.* repeti non poſſe alimenta, quod videantur à fure donata. Non rectè, quoniam veriſimile non eſt eum donare velle, qui aliena ſurripuit. *l. Fuit quæſtionis. & l. Si extraneus. ff. de acquiren. hered.*

Tertia eſt ſententia Iacobi Menochij *de Recuper. Poſſeſſ. remed. 15. num. 515.* Aliud eſſe ſtatutum in malæfidei poſſeſſore alicuius rei immobilis, aliud in fure. Ratio eſt quia fur condemnatur ad quadruplum rei ſubtractæ, merito ſumptus tales repetere non poteſt. Sed cur prædo repetere poſſit, & non fur.

Quarta eſt ſententia Franciſci Sarmienti *lib. 1. Select. Interp. cap. 10.* Tunc demum repeti poſſe ſumptus neceſſarios à malæfidei poſſeſſore, quando propter huiuſmodi ſumptus res efficitur precioſior, *vt in d. l. Plane, in fine. ff. de petitione hered.* At in caſu d. l. 1. non propter ſumptus, factus fuit ſeruus precioſior, quia ad paupertatem illum natura perduxit & ætas. Non rectè, quia, vt viueret ſeruus, neceſſaria fuerant alimenta, ſine quibus ad pubertatem minime perueniſſet. *Facit text. in l. Patrem. C. de Nuptiis. Ibi. Hanc adultam ſumptibus, & labore tuo factam, &c.*

Poſtrema eſt ſententia Antonij Fabri *lib. 2. coniectur. Iur. cap. 1.* Impenſas neceſſarias repeti poſſe, ſi tolli poſſint ſine rei detrimento, ſecus ſi tolli non poſſint, vt in caſu d. l. 1. Non rectè. Quia neceſſariæ impenſæ ſimpliciter repetuntur, vtiles vero ſi tolli poſſint, *vt in dicta l. Domum, C. de rei vendi.*

Ipſe opinor cauſam huius rei colligi poſſe ex reſponſo Iuriſconſulti, *in l. Inficiando. §. Infans. ff. de Furtis,* vbi ſic ait, [*Infans apud furem adoleuit, tam adoleſcens furtum fecit* ille,

bile, quam infantis, ideoq; dupli tenetur, tanti quāti vnquā apud eum plurimi fuit.] Et paulo poſt. [*Et non dubitauerim*, inquit, *quin Adoleſcentis potius quam infantis æſtimationē fieri oporteat, & quid tam ridiculum eſt, quam meliorem furis conditionem eſſe pro continuatione furti exiſtimare?*] Idem docet text. in leg. ex argento. ff. de condit. furtiua in illis verbis: [*Quemadmodum ſi infans ſubreptus adoleuerit, æſtimatio ſit Adoleſcentis, quamuis ſumptibus furis creuerit.*]

Ex his legibus talem ego colligo rationem. Non poteſt aliquis actionem ex ea cauſa conſequi, ob quam ille alteri obligatur, *leg. Siue Hæreditaria. ff. de Negotiis geſtis.* ſed fur qui ſumptus fecit, ex quibus infans creuit, & adultus factus eſt, obligatur eam ob cauſam, quia dicitur furtum adoleſcentis facere, & tenetur ad ſoluendam æſtimationem Adoleſcentis. Ergo non poteſt ſumptus repetere alimentorum, propter quos Adoleſcens factus eſt. Nam ſi repeteret hos ſumptus, non videretur ipſe condemnatus, quanti plurimi ſeruus apud eum fuiſſet, & ſic ad æſtimationem adoleſcentis. Ratio eſt, quia de tali condemnatione deduceret ſumptus alimentorum. Atque hæc eſt mea, de perdifficili hac controuerſia, ſententia.

CAPVT LV.

De malæ fidei poſſeſſore. An & quomodo vtiles impenſas auferre poſſit, ad interpretationem l. Adeo §. Ex diuerſo. ff. de acquirendo rerum domino, & l. Vtiles, ff. de petitione hæreditar. & leg. 2. C. de rei vendica.

IVriſconſultus Gaius *in l. Adeo. §. Ex diuerſo. ff. de Acquir. rer. dom.* ſcribit in hæc verba. [*Ex diuerſo, ſi quis in alieno ſolo ſua materia ædificauerit, illius fit ædificium, cuius & ſolum eſt: & ſi ſcit alienum ſolum eſſe, ſua voluntate amiſiſſe proprietatem materiæ intelligitur. Itaq; nec diruto quidem ædificio, vindicatio eius materiæ cōpetit.*] Huic ſententiæ repugnare videtur Iuriſconſultus idem, *in l. Vtiles. ff. de petitione hæreditar.* in illis verbis: [*Nam prædoni probe dicetur, nō debuiſſe in alienam rem ſuperuacuas impenſas facere, vt tamen poteſtas ei fieret tollendorū eorum, quæ ſine detrimento ipſius rei tolli poſſint.*] Sed magis aperte repugnare videtur Imperator *in l. 2. C. de rei vendic.* ſic dicens: [*Id quod in ſolo tuo ædificatum eſt, quoad in eadem cauſa manet, iure ad te pertinet: ſi vero fuerit diſſolutum, eius materia ad priſtinum dominum redit, ſiue bona fide ſiue mala ædificium extructum ſit, ſi non donandi animo ædificia alieno ſolo impoſita ſint.*]

Prima eſt ſententia Accurſij, *in §. Ex diuerſo, in Inſt. de rer. diuiſ.* & Barto. *in l. In fundo, n. 11. ff. de rei vendic.* Aliud eſſe Iuris in petitione Hæreditatis, aliud in rei vendica. Quare text. in d. l. Vtiles, de petitione Hæreditatis loqui, ac intelligendum eſſe, textum vero in d. §. Ex diuerſo, de Rei vendi. Sed nec rationem adfert diuerſitatis, & nihil reſpondet ad d. l. 2. de Rei vend.

Secunda eſt ſolutio aliorum interpretum, quam probat Eguinarius Baro *in comment. ad d. §. Ex diuerſo. In Inſt. de Rer. diuiſ.* Iuriſconſultum loqui, cum quis ex propria materia in alieno ſolo ædificat, tunc animo donandi ædificare videtur: diuerſum eſt cum quis ex aliena materia ædificat, quia diſſoluto ædificio, materiæ dominus eam vendicare poteſt. Ita loquitur Imperator, ac intelligendus eſt in d. l. 2. C. de Rei vendic.

Non placet hæc ſententia, quia nullum verbum eſt in d. l. 2. quo ſignificetur Imperatorem loqui, cum quis ædificat ex aliena materia. Et illa verba. [*Si non donandi animo, &c.*] Magis proprie conueniunt ei, qui dominus ſit materiæ.

Tertia eſt ſententia eiuſdem Eguinarij, Malæ fidei poſſeſſorem cenſeri animo donandi ædificaſſe in alieno ſolo, & ideo materiam vendicare non poſſe, *vt in d. §. Ex diuerſo.* Probare tamen poteſt, ſe non animo donandi impendiſſe, & tunc materiam vēdicare poteſt. Ita accipiendum eſt, quod dicit Imperator in d. l. 2.

Sed huic interpretationi repugnat ipſa l. 2. vbi regula hæc conſtituitur. Malæ fidei poſſeſſorem materiam vendicare poſſe, niſi probetur, animo donandi impoſuiſſe.

Quarta eſt ſententia Franciſci Sarmienti *lib. 1. ſelectar. interpret. c.* 10. Leges, quæ malę

fidei

fidei poſſeſſorem vtiles ſumptus repetere poſſe ſtatuunt, ſi abſq; detrimento auferri poſſunt, locum habere, quando malæ fidei poſſeſſor ipſam rem detinet, in quam ſumptus fecit, *vt in l. domum. C. de Rei vend. & in l. Vtiles. ff. de petit. hered.* ſecus ſi rem non detineat, vt in legibus contrarijs.

Sed repugnat huic ſententiæ text. in §. Certe, In Inſtit. de Rer. diuiſ. [*Certe*, inquit Imperator, *illud conſtat, ſi in poſſeſſione conſtituto Aedificatore, ſoli dominus petat domum ſuam, nec ſoluat pretium materiæ, & mercedem fabrorũ, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli, vtiq; ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificauerit. Nam ſcienti alienum ſolum eſſe, poteſt obijci culpa, quod ædificauerit temere in eo ſolo, quod intelligebat alienum eſſe.*]

Quinta eſt ſententia Mynſingeri *in commen. ad d. §. Ex diuerſo, de Rer. diuiſ.* quod habetur in d. l. 2. accipiendum eſſe de ædificio extructo à Colono vel Inquilino, vel Emphyteuta, & idcirco eos vendicare poſſe materiam ædificio diſſoluto, quia ius ædificandi habuiſſe videntur. Cęterum alijs malæ fidei poſſeſſoribus, hæc actio non competit, quia ceſſat ratio prædicta, & ita ſunt accipiendæ leges contrariæ.

Sed primo nullum verbum eſt in d. l. 2. quod ſuadeat eam interpretatione, & Imperator loquitur, ſiue bona fide, ſiue mala fide ædificium extructum ſit.

Sexta eſt ſententia Iacobi Cuiacij *in poſterioribus notis in Inſtitutiones, in §. Ex diuerſo, & lib. 10. Obſer. c. 1.* Malę fidei poſſeſſorem, Iure quidem vendicare non poſſe materiam ædificij ſeparatam, *vt in d. §. Ex diuerſo.* Benignius tamẽ eſſe, vt eam vendicare poſſit, ne petitor cum eius iactura locupletetur, *argumento l. Plane. ff. de petit. hered. & l. Iulian. ff. de Rei vendica.* ſi ſciente domino ædificauerit, *argumento l. Pura. §. Si donaui. ff. de doli mali except.*

Huic ſententiæ oppono text. in l. Sumptus, 48. ff. de Rei vendicat. vbi Papinianus ſcribit, ſumptus in prædium alienum factos, peti quidem non poſſe, ſed exceptione doli oppoſita, per officium Iudicis æquitatis ratione ſeruari, ſi à bonæ fidei poſſeſſore facti ſint. Ergo ſi à malæ fidei poſſeſſore facti ſint, æquitatis ratione ſeruari non debent. Vtitur hoc argumento Antonius Faber, *libro 2. Coniecturarum Iuris, cap. 1.*

Ego ſic ſtatuo. Malæ fidei poſſeſſorem vtiles impenſas deducere poſſe, ſi abſque rei detrimento deduci poſſint, *vt in l. Domum. C. de Rei vend. in l. Vtiles. ff. de petitione hæredit. & alibi.* Non obſtat textus in §. Ex diuerſo, quia loquitur de ædificante in alieno ſolo. Is enim vendicare materiam non poteſt, quia voluntate eius intelligitur eſſe alienata, ſiue donata ei, qui Dominus eſt ſoli, vt ibi dicit Imperator & Iuriſconſultus *in d. l. Adeo. §. Ex diuerſo.* Non obſtat tex. in l. 2. C. de Rei vendic. vbi contrarium dicitur, nempe materiam vendicare poſſe, quia loquitur, cum aliquis in alieno ſolo ædificat ſciente & patiente Domino, tali enim ſcientia & patientia hoc operari, vt materia vendicari poſſit, & in hoc Cuiacij ſententiam probo, *argumento l. Pure, §. Si donaui. ff. de doli mali, & metu except.* ibi: [*Dolo enim facit, quia paſſus ſum eum ædificare, & non reddo impenſas.*] Quod d. l. 2. hoc in caſu loquatur, probo. Nam ibi dicit: [*Si inferiorem partem ædificij, quæ ſolum contingit, ad te pertinere probare potes, eam quam vicinus tuus impoſuit, accepiſſe dominũ te, non ambigitur.*] Hic Imperator loquitur de eo, qui in ſuperiori parte domus habitabat, & ſimul dominus erat partis inferioris: Quamobrem præſumitur non ignoraſſe, ædificium fieri in parte inferiori, merito Imperator poſtea conſiderata facti ſpecie, & circumſtantijs omnibus, declarat diſſoluto ædificio, materiam vendicari poſſe, niſi animo donandi fuerit impoſita. De qua quidem ſpecie non loquitur textus in dicto §. Ex diuerſo, ſiue Imperatoris, ſiue Iuriſconſulti. Atque hæc mea eſt, de hoc per quam difficili nodo ſententia.

CAPVT

CAPVT LVI.

Vtrum hæres in bona fide exiſtens, condemnandus ſit ad reſtitutionem fructuum, quando defunctus rem poſſedit mala fide.

SI quis mala fide rem poſſideat, & hærede relicto, qui ſit in bona fide, moriatur, in controuerſiam reuocatur, vtrum fructus reſtituere teneatur, an vero eos ſuos faciat, tanquam bonæ fidei poſſeſſor, & quidem ad reſtituendos fructus teneri Bart. exiſtimauit, *in l. Ex diuerſo, num. 12. ff. de rei vendic.* & multi alij, *quos refert & ſequitur Menoch. de recuper. poſſeſſ. remed. 15. n. 617.* Fundamentum eſt in l. 2. C. de Fructibus & litium expenſis: vbi, poſtquam Imperator dixit Malæ fidei poſſeſſorem teneri ad reſtituendos fructus, ſtatim de Hærede eius verbã faciens, ſubdit; [*Hæredis quoque ſuccedentis in vitium* (ſcilicet defuncti) *par habenda fortuna eſt.*]

Contrariam ſententiam amplexus eſt Ioannes Copus *in tract. de Fructib. lib. 1. tit. 4. cap. 3.* Fundamentum ponit in l. Bonæ fidei, ff. de acquir. rerum dom. & in alijs legibus, quibus dicitur, bonæ fidei poſſeſſores fructus ſuos facere. Quod autẽ dicitur (inquit Copus) hæredem in vitia defuncti ſuccedere, hoc non ad factum, ſed ad ius, hoc eſt, ad vſucapionem pertinet, quæ ob vitium defuncti nulla eſſe poteſt.

Ad l. 2. C. de Fructibus & litium expenſis, reſpondet eam eſſe intelligendam de hęrede, qui in ipſius defuncti malam fidem ſuccedit, quod ex eo patet, inquit, quia textus loquitur de eo hærede, qui lite conteſtata aduerſus defunctum malæ fidei poſſeſſorem non poterit ignorare rem alienam eſſe.

Mihi probabilior videtur prior ſententia, quæ & communior eſt, quam confirmo ex l. Vitia. C. de acquiren. & retin. poſſeſſ. [*Vitia poſſeſſionum*, inquit, *à maioribus contracta, perdurant, & ſucceſſorem, Authoris ſui culpa comitantur.*]

Ad argumenta Copi ſic reſpondeo. Concedo bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſuos facere, ſed caſum hunc excipio, cum videlicet defunctus in mala fide fuit, quia ipſius vitium & culpa ſucceſſorem comitatur.

Quod vero Copus dicit, hoc non ad factum, id eſt, ad fructuum perceptionem, ſed ad ius, id eſt, ad vſucapionem pertinere, nec aliqua lege probat, aut ratione, & contrarium euincit textus in d. l. 2. vbi agitur de fructibus reſtituendis à malæ fidei poſſeſſore, cuius hæres fortunam ſequitur, vtpote in vitium ſuccedens defuncti, vt ait ibi Imperator. Nec probabilis eſt illa interpretatio, quam adfert Copus: Imperatorem loqui de hærede, qui litem motam non ignorauerit, & ſic in mala fide fuerit, quia ſi in mala fide hæres exiſtat, hæc ipſa mala fides, non autem ſucceſſio in vitium defuncti fructuum acquiſitionem impediret. Imperator autem eo loci perpendit, non propriam ipſius hæredis ſcientiam, & malam fidem, ſed vnum illud, quod ſcilicet, in vitium defuncti ſucceſſerit, qui fuit in mala fide.

CAPVT LVII.

Vtrum bonæ fidei poſſeſſor lucretur, tam fructus naturales quam induſtriales.

INgens eſt diſſenſio inter Doctores, vtrum bonæ fidei poſſeſſor omnes fructus lucretur, tam naturales, quam induſtriales. Etenim Accurſius *in l. Ex diuerſo. ff. de Rei vendic.* negat bonæ fidei poſſeſſorem fructus induſtriales lucrari: Sed duntaxat naturales ſuos facere opinatur. Eius autem fundamentum eſt in l. Fructus, ff. de Vſuris. vbi Pomponius ita dicit. [*Fructus percipiendo vxor, vel vir ex re ſibi donata ſuos facit, illos tantum, quos ſuis operis acquiſierit, veluti ſerendo. Nam ſi pomum deſcerpſerit, vel ex ſylua caciderit, non fit eius, ſicut nec cuiuslibet bonæ fidei poſſeſſoris, quia nõ ex facto eius is fructus naſcitur.*] Idem docet Duaren. *in comment. ad Titium, de Vſur. & fruct. titul. qui fructus in reſtitutionem veniant.*

Confirmatur hæc ſententia ex §. Si quis à non Domino, Inſtit. de rerum diuiſione, vbi

vbi Imperator dicit, Bonæ fidei poſſeſſorem fructus lucrari pro cultura & cura, conſequenter fructus naturales non lucratur, quia nullam ij requirunt curam, vel culturam.

Secunda eſt ſententia Bartol. *in d. l. Ex diuerſo.* Is diſtinguit inter poſſeſſorem bonæ fidei, qui etiam titulum habet, & eum poſſeſſorem, qui non habet titulum. Si titulum habeat bonæ fidei poſſeſſor, exiſtimat Bartol. eum omnes fructus lucrari, authoritate Pauli Iuriſconſulti, in l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom. [*Bona fidei emptor,* inquit, *non dubiè percipiendo fructus, etiam ex aliena re, ſuos interim facit, non tantùm eos qui diligentia & opera eius peruenerunt, ſed etiam omnes.*] Si verò titulum non habeat, exiſtimat eum lucrari fructus duntaxat naturales, Authoritate Pomp. *in d. l. Fructus. ff. de Vſuris.*

Tertia eſt opinio Iacobi Menochij *de Recup. poſſeſſ. remed.* 15. *numer.* 520. Bonæ fidei poſſeſſorem omnes fructus lucrari, ſiue naturales, ſiue induſtriales, non tamen abſolutè, ſed ad tempus, hoc eſt, interim, donec res fuerit euicta, ſi enim res euicta fuerit, eos reſtituere tenetur. Mouetur vir præſtantiſſimus authoritate text. in d. l. Bonæ fidei, quatenus ibi Iuriſconſ. dicit. Bonæ fidei poſſeſſorem interim fructus ſuos facere, quod quidem confirmari poteſt, ex l. Qui ſcit. §. vltim. ff. de Vſuris. vbi Iulian. ita dicit. [*Bona fidei emptor, quoad percipiendos fructus intelligi debet, quamdiu euictus fundus non fuerit.*] Idem docet Cuiacius, *in notis ad Inſtitut. §. Si quis à non Domino, in verbo, Pro cultura.*

Quarta & poſtrema eſt ſententia, quæ mihi cæteris probabilior videtur. Bonæ fidei poſſeſſorem, omnes fructus conſumptos lucrari, & ſuos facere, tam naturales quàm induſtriales. *Ita docet Arius Pinell. ad l. 2. C. de reſcind. vend. parte 2. cap. 4. numer. 59. Anton. Fab. lib. 4. coniectur. Iur. c. 17. nouiſſimè Hartmannus Vulteius lib. vnic. Scholaſticarum diſceptationum c. vltim.*

Probatur hæc ſententia primùm ex d. l. Bonæ fidei. ff. de acquirend. domin. Vbi Iuriſconſultus ita diſertè docet. Sic dicens: [*Bona fidei poſſeſſor, &c.*] Secundò, ex l. Certum. C. de rei vendic. dum ibi Imperator, nulla diſtinctione adhibita, declarat, Bonæ fidei poſſeſſorem eſſe condemnandum ad reſtituendum fructus extantes. Videtur enim ſignificare, ſecùs eſſe ſtatuendum de fructibus conſumptis.

Tertiò ex l. in pecudum 28. ff. de Vſuris, vbi Caius docet, fructus pecudum, ſicuti lac, pilum, lanam & fœtum, ſtatim pleno iure fieri bonæ fidei poſſeſſoris, & tamen conſtat hos eſſe fructus naturales.

Quartò ex l. Qui ſcit. §. vltim. ff. eod. tit. in illis verbis; [*Porrò bonæ fidei poſſeſſor in percipiendis fructibus, id Iuris habet, quod Dominis prædiorum tributum eſt.*]

Poſtremò ex l. 4. §. Lana. ff. de Vſucapio. vbi dicitur, lanam ouium furtiuarum, ſi apud bonæ fidei poſſeſſorem detonſa eſt, ſtatim eius fieri, quoniam in fructu eſt. Idemque de Agnis dicendum eſſe, ſi conſumpti ſint.

Ad text. in l. Fructus. ff. de Vſuris, prætermiſſis aliorum reſponſionibus ac interpretationibus, illa magis probatur quàm Ari. Pinel. attulit. Illa verba text. [*Sicut, nec cuiuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris.*] hunc ſenſum, non habere, quaſi nullus bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos faciat; Id enim repugnaret alijs legibus, ſed ſenſum eſſe, non quemlibet bonæ fidei poſſeſſorem tales fructus, ſuos facere. Itaque licèt bonæ fidei poſſeſſor regulariter tales fructus, ſuos faciat, non tamen id Iuris habet omnis bonæ fidei poſſeſſor, veluti ſi poſſeſſor talis, ſit qualis in ſpecie, de qua ille textus loquitur, videlicet, vir & vxor, rem donatam poſſidentes. Similis caſus eſt in bonæ fidei poſſeſſore obligato ad fructuum reſtitutionem, licèt bona fide perceptorum, *in l. indebiti. 15. de condict. indeb.*

Ad text. in §. Si quis à non Domino, in Inſt. de rerum diuiſ. reſpondeo, non rectè ſumi argumentum à contrario ſenſu, quia licèt bonæ fidei poſſeſſor pro cultura, & cura induſtriales fructus nuncupatos, ſuos faciat, nihilominus tamen lucratur etiam fructus naturales, quia loco Domini habetur. Illud verbum [*interim,*] quod eſt in

d. l. in bonæ fidei, in principio, ego ſic interpretor, vt ſignificet quidem, [*interim*] antequam res euincatur, bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſuos facere, ſed tamen etſi res euicta fuerit, non eos reſtituere tenetur, niſi extent, *vt in l. Certum. C. de rei vendic.* Itaque interim ſuos facit, donec rem poſſidet. Re autem euicta ſi extent, eos reſtituere tenetur Domino rei, nec amplius eos percipiendi facultatem habet.

Poſt hæc ſcripta legi commentaria Donel. de Iure Ciuili *lib. 4. cap. 24. 25.* & animaduerti, eum in noua quadam opinione eſſe. Inprimis exiſtimat, bonæ fidei poſſeſſorem omnes fructus, tam qui natura, quàm qui opera hominis proueniunt, conſumptos lucrari, quod noſtræ ſententiæ cohæret.

Deinde docet, bonæ fidei poſſeſſorem fructus induſtriales ſtatim lucrari, & ſuos facere: ita, vt eos etiam extantes reſtituere non teneatur; ſed naturales extantes reſtituere teneatur. *Et hanc dicit eſſe ſententiam Iuriſconſ. in l. fructus. ff. de Vſuris.*

Ad l. bonæ fidei. ff. de acquirend. rerum dominio. reſpondet; illud verbum, *omnes*, id eſt, omnes, qui diligentia & opera bonæ fidei poſſeſſoris non peruenerunt.

Et ad leg. Certum. C. de rei vendic. reſpondet, illud verbum, *extantes*, idem ſignificare, quod pendentes; Non autem eſſe referendum ad fructus perceptos, & non conſumptos, multiſque argumentis probat induſtriales etiam non conſumptos, reſtituendos non eſſe. Et ex eo, quod Iuſtinian. dicit, *in §. Si quis à non domino, in Inſtitut. de rerum diuiſion.* bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari, non rectè colligi opinatur; fructus induſtriales perceptos, & nondum conſumptos eum non lucrari. Sed illa collectio valere poteſt, quoad fructus, qui natura proueniunt: eos enim non lucratur bonæ fidei poſſeſſor, niſi conſumpſerit.

Sed etſi hæc ſpecioſa videantur; parum tamen probabilia ſunt. Inprimis quoad ad leg. fructus. ff. de Vſuris, attinet, non ibi ſit mentio fructuum conſumptorum, vel non conſumptorum, ſed textus dicit: fructus induſtriales acquiri poſſeſſori, non autem naturales, cuius contrarium docet textus *in leg. bonæ fidei. ff. de acquirend. rerum dominio.*

Secundò dicit Donell. illud verbum, *omnes*, in dicta leg. bonæ fidei, referendum eſſe ad omnes fructus, qui induſtria quidem percipiuntur, ſed non induſtria bonæ fidei poſſeſſoris. Contrà. Nam textus dicit: Bonæ fidei poſſeſſor fructus percipiendos ſuos facit, non tantùm eos, qui diligentia & opera eius peruenerunt, ſed etiam omnes, illud verbum, *omnes*, nullos excludit: & ſic non excludit fructus, qui natura proueniunt, abſque poſſeſſoris induſtria. Quæ probabilior eſt expoſitio.

Tertiò vult Donell. illud verbum, *Extantes*, quod eſt in leg. Certum. C. de rei vendicatione, idem ſignificare, quod pendentes: ſed non videtur hoc probabile: quia textus dicit, bonæ fidei poſſeſſorem, omnes fructus extantes ſolere cum ipſa re præſtare. Quòd ſi fructus ſint pendentes, & nondum illos habeat poſſeſſor, non video, quo pacto illos præſtare poſſit.

Denique non eſt probabile Iuſtinian. *in §. ſi quis à non Domino, in Inſtitut. de rerum diuiſion.* dum ait, fructus conſumptos peti non poſſe, locutum eſſe de naturalibus fructibus tantùm, cùm ſuprà dixerit, bonæ fidei poſſeſſorem eos lucrari pro cultura & cura, & ſic de induſtrialibus locutus fuerit. Aut ex illis verbis argumentum ſumi à contrario ſenſu reſpectu fructuum naturalium duntaxat non conſumptorum, vt ſcilicet peti poſſint. Cùm de naturalibus ibi ſermo non ſit.

Quid? quod fructus extantes opponuntur fructibus conſumptis in leg. malæ fidei. C. de condict. ex leg. ibi. [*de extantibus fructibus rei vendicatio, &c. de conſumptis verò, &c.*]

Videat ergo Donellus, quo pacto conſiſtat ea interpretatio, quæ extantes fructus pro pendentibus capiendos docet.

Capvt LVIII.

Vtrum bonæ fidei poſſeſſor conueniri poſſit ad reſtitutionem fructuum conſumptorum ſiue eorum æſtimationem, ſi factus ſit ex eis locupletior.

IN iudicijs vniuerſalibus, quia bonæ fidei poſſeſſor ex fructibus conſumptis locupletior effectus, eorum cauſſa conueniri poſſit, nulla eſt prorſus dubitatio, quia conueniri poſſe decidit text. *in l. 1. C. de Petitione Hæreditatis, & in l. Item veniunt. §. eos autem. ff. eodem tit.*

Cæterum in iudicijs particularibus, verbi gratiâ in rei vendicatione, & ſimilibus, vtrum idem ſit dicendum, non eſt eadem omnium ſententia. Affirmant Bartol. *in l. Ex diuerſo, numer. 7. ff. de rei vend.* & multi alij, *quos refert, & ſequitur Couuarr. reſol. lib. 1. cap. 3. verſ. Tertia concluſio, & Menoch. de recuper. poſſeſſ. remed. 15. num. 598.*

Cæterùm negant multi alij, quos commemorat Couuarruuias & Menochius, & præter eos Pinellus *ad leg. 2. C. de reſcind. vend. part. 2. cap. 4. numer. 74. & numer. 60.* vbi dicit, Hanc ſententiam forenſi vſu receptam eſſe, *& Ant. Faber* lib. 4. Coniectur. c. 17. non procul à fine.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt tria. Primum. In petitione Hæreditatis conſtitutum eſt, vt bonæ fidei poſſeſſor teneatur, Ergo id multò magis ſtatuendum eſt in rei vendicatione, quia Dominus rem vendicans plus iuris habet, quàm hæres, qui aliquando hæreditatem petit, neque rerum hæreditariarum dominium habet, quia fortè defunctus dominus non erat.

Secundum argumentum eſt ex æquitate, l. Si me & Titium. ff. Si certum petatur. Æquum eſſe quod ex re mea ad te peruenit, mihi reſtitui. Item ex æquitate, quæ dictat neminem locupletari debere cum aliena iactura.

Tertium argumentum ſumitur ex l. Item ſi verberatum. §. 1. ff. de rei vend. vbi dicitur, Si poſſeſſor fructus perceptos diſtraxit ne corrumperentur, pretium præſtiturum.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt in illis legibus, quibus dicitur, Bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari, & ſuos facere, *vt in §. Si quis à non Domino, in Inſtitut. de rerum diuiſione, in §. Etſi Hæreditas, in Inſtitut. de officio Iudicis, leg. 4. ff. Finium regund. l. Quæſitum. 40. ff. de acquir. rerum dom. & alibi.*

Et hæc ſententia videtur mihi veriſſima, quia ſi bonæ fidei poſſeſſor teneretur fructus conſumptos reſtituere, eo in caſu, quo factus eſſet locupletior, ſequeretur leges, quibus dicitur eum fructus conſumptos lucrari, tunc demum procedere, cùm bonæ fidei poſſeſſor fructus inutiliter conſumpſiſſet, quod ſanè abſurdum eſſet, quia nemo præſumitur iactare ſuum. Ideoque non ita leges accipiendæ ſunt, vt eum caſum comprehendant, qui non ita frequenter euenire ſolitus eſt.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, In petitione Hæreditatis ita conſtitutum eſſe, tum quia fructus percepti Hæreditatem augent, *l. Item veniunt. §. Item non ſolùm, verſ. Fructus. ff. de petition. Hæreditatis.* Tum quia Senatuſconſulto ita in vniuerſum eſt conſtitutum, vt qui ex iuſta cauſa exiſtimauit, hæreditatem ad ſe pertinere, non teneatur, niſi quatenus ex ea factus eſt locupletior, *l. Item veniunt. §. Præter hæc. verſic. Eos autem. ff. eod. titul.* Eæ autem rationes locum non habent in rei vendic. & cæteris particularibus Iudicijs.

Ad ſecundum reſpondeo, Æquitatem, de qua in d. l. Si me, & Titium, ad rem hanc non pertinere, nihil enim aliud docet illa lex, niſi æquum eſſe, vt pecunia mea, quæ ad te peruenit, mihi à te reſtituatur. Nos autem loquimur de fructibus, quos vt bonæ fidei poſſeſſor lucretur pro cultura & cura, & alias ob cauſas, & æquum eſt. Iuſtaque eſt hæc cauſſa, vt poſſeſſor locupletetur, cum aliena iactura, quia bonam fidem habet, & loco Domini plenè eſt. *l. Qui ſcit. ff. de Vſuris, cum alijs ſimilibus.*

Ad tertium reſpondeo, illam legem loqui de poſſeſſore, qui rem & fructus pendente iudicio diſtraxit, vt patet ex l. officium. ff. eod. tit. & ea ratione confirmatur, quòd

vend. & *declarat optime Antonius Faber, lib.* 4. *Conicctur. iuris, ca.* 17. ſed ſenſus eſt, poſſeſſorem interim ſuos facere, donec poſſidet. poſtquam enim re euicta deſerit poſſidere, ſicut re ipſa caret, ita & fructibus.

Legibus itaque ſic conciliatis, ita ſtatuo, quod ad propoſitam quæſtionem attinet poſſeſſorem fructus ſuos facere eius temporis, quo eſt in bona fide; eos autem quos percepit, poſtquam fuit in mala fide, nequaquam. Ita docent Ioan. Copus *de fructibus lib.* 2. *tit.* 4. *c.* 5. Menochius *loco annotato n.* 612. Et probatur ex l. Qui bona fide. ff. de acq. rer. do. ibi, [*Cæterum ſi cœperit ſcire eum alienum eſſe, vel liberum, videamus, an ei acquirat. Quæſtio in eo eſt: vtrum initiũ ſpectemus, an ſingula momenta: & magis eſt, vt ſingula momenta ſpectemus.*] Item probatur ex l. Certum, C. de rei vend. vbi bonæ fidei poſſeſſor reſtituere tenetur fructus extantes poſt litem conteſtatam vniuerſos. Ratio eſt: quia per litis conteſtationem mala fides inducitur, *l. Nemo, C. de acq. poſſ. l. Sed etſi lege. §. ſi ante. ff. de petitione hæreditatis.*

Capvt LX.

Vtrum fructus poſt litem conteſtatam à poſſeſſore percepti, re euicta ſint reſtituendi, ſi inſtantia fuerit prioris iudicij lapſu temporis perempta.

VTrum fructus actori debeantur ex litis conteſtatæ in eo iudicio cuius inſtantia eſt perẽpta, ſi nouo iudicio inchoato rem euicerit, non vulgaris eſt controuerſia. Et quidem deberi cenſuerunt Bart. *in l.* 2. *C. de fructibus & lit. expenſ.* Menoch. *de recuper. poſſeſſ. remedio* 15. *nu.* 596. Rober. Lancellotus *alios commemorat de attentatis, in præfat.* 2. *partis, c.* 4. *n.* 506.

Fundamentum eſt huiuſmodi. Poſſeſſor condemnandus eſt ad fructus, ex eo tempore, quo eſt in mala fide, *l. Certum. C. de rei vend. l.* 3. *C. de condict. ex leg. §.* 2. *Inſtit. de off. iud. l. Bona fidei. §. in contrarium. ff. de acq. rer. dom. cum aliis allegatis in præcedent. capite.*

Sed per litis conteſtationem in priori iudicio factam, licet inſtantia fuerit perempta, poſſeſſor in mala fide conſtituitur: ergo condemnandus eſt ad fructuum reſtitutionem.

Probatur minor propoſitio ex l. 1. C. de præſcript. longi tempor. ibi, Quod ſi prior poſſeſſor inquietatus eſt, & ſi poſtea per longum tempus ſine aliqua interpellatione in poſſeſſione remanſit: tamen non poteſt vti longi temporis præſcriptione.

Contrariam ſententiam habuerunt Ripa *in l.* 2. *n.* 28. C. *de edend.* & Antonius Valla *de rebus dubiis, q.* 15.

Argumenta ſunt iſta. Inſtantia perempta eſt perinde ac ſi lis mota non fuiſſet, *l. Cum lite mortua. ff. iudicatum ſolui.* Sed ſi nullà fuiſſet lis mota, poſſeſſor fructus interim ſuos feciſſet, *l. Bona fidei, ff. de acq. rer. dom.* Ergo idem ſtatuendum lite mota & inſtantia perempta.

Secundum argumentum. Si talis poſſeſſor fructus ex die litis conteſtatæ in priori iudicio reſtituere teneretur, propterea eſſet dicendum, quod per litis conteſtationem videretur eſſe malæ fidei poſſeſſor. Sed conſequens eſt falſum, Ergo & illud vnde ſequitur.

Probatur minor propoſitio. Primo ex l. 2. §. vlt. ff. pro empto. ibi, [*Non interpellari vſucapionem meam litis conteſtatione.*]

Secundo, quia non ſolet deterior cõditio fieri eorum, qui litem conteſtati ſunt, *l. non ſolet, de reg. iur.*

Tertio, quia nemo tenetur ius ſuum indefenſum relinquere, *l. illud. ff. de petit. hæred.* Ergo poſſeſſor non tenetur ſtatim lite conteſtata rem actori reſtituere, conſequenter ſi non reſtituat, ſed retineat, non conſtituitur in mala fide.

Ad l. 1. C. de præſcript. longi temp. reſpondet Valla, illam legẽ non loqui, quando inſtantia eſt perempta, ſed cum quæſtio omiſſa eſt. Vbi enim inſtantia eſt perempta, nullus effectus remanet, *vt in d. l. Cum mortua lite. ff. iud. ſolui.*

Sed mihi prior ſententia veriſſima videtur, iſtis non obſtantibus. Nam quod poſſeſſor in mala fide conſtituatur per litis conteſtationem, patet primo ex l. Nemo, C. de acq. & retin. poſſ. vbi Conſtanti-

nus ait: [*Ita demum poſſeſſionem eſſe legitimam, cum omnium aduerſariorum ſilentio & taciturnitate firmatur. Interpellatione vero (inquit) & controuerſia progreſſa, non poſſe eum intelligi poſſeſſorem, qui licet poſſeſſionem corpore teneat, tamen ex interpoſita conteſtatione, & cauſa in iudiciū deducta, ſuper iure poſſeſſionis vacillet, ac dubitet.*] Secundo, ex l. Fiſcus. 38. ff. de iure fiſci. Tertio, ex l. Sed & ſi lege. §. Si ante. ff. de petit. hæredit. vbi Iuriſconſultus ita dicit: [*Quoniam poſt litis conteſtationem omnes incipiunt malæ fidei poſſeſſores eſſe.*] Et paulo infra idem ſæpius repetit.

Si dicatur id non procedere, quando post litem conteſtatam perempta eſt instantia, quia poſſeſſor credere poteſt petitorem, qui deſeruit inſtantiam nullum ius habere. Reſpondeo, id non obſtare, quia etiam instantia perempta, durat effectus malæ fidei, quæ per litis conteſtationem inducitur, quod probatur tum argumento d. l. 1. C. de præſcript. long. temp. tum ea ratione, quod poſſeſſor credere poteſt actorem deſtitiſſe eam ob cauſſam, quod ab alijs forte negotijs eſſet impeditus, *vt in l. vlt. C. de Præſcript. longiſſimi temp. 30. vel 40. anno.* & ſi ſuo iuri confidebat, actore ceſſante, debebat ipſe poſſeſſor ac reus inſtare, vt cauſſa impediretur, *iuxta l. Properandum. §. Et ſi quidem. C. de Iudiciis.*

Ad primum argumentū contrariæ ſententiæ reſpondeo, lite mortua ſeu perempta inſtantia, omnia extingui, quæ pertinent ad litis ordinationem, *ita loquitur text. in d. l. Cum lite mortua.* Ceterum effectus malæ fidei, qui iam per litis conteſtationem inductus eſt, non tollitur, etſi perempta ſit inſtantia.

Ad ſecundum reſpondeo, non probari quod aſſumitur in argumento, nempe per litis conteſtationem, malam fidem non induci quantum ad effectum, de quo loquimur, nempe vt poſſeſſor fructus ſuos faciat. Nam quod dicitur in l. 2. §. vltim. ff. pro emptore, id non pertinet ad factum, ſed ad ius, hoc eſt, ad vſucapionem pertinet, nō autem ad fructuum perceptionem: Inter hæc autem latum eſt diſcrimen, quia in percipiendis fructibus, quælibet momenta temporis ſpectamus, in vſucapionē autem initium, *l. Bona fidei. § in contrarium. l. qui bona fide. ff. de acquir. rer. domin.* Quod vero dicitur, Non ſolere ex litis conteſtatione ius litigatorum deterius effici, l. Non ſolet, ad rem noſtram non pertinet, ſed alio, quia per litis conteſtationem actio perpetuatur, & multa alia ſequuntur commoda, *vt declarant gloſſ. & Doct. in d. l. non ſolet.* Sed quantum ad malam fidem, fit poſſeſſoris conditio deterior, vt dictum eſt, quia ſcilicet, incipit dici malæ fidei. Neque vero nos dicimus poſſeſſorem debuiſſe ius ſuum indefenſum relinquere, aut ſtatim actori rem tradere: ſed dicimus ex litis conteſtatione effici malæ fidei poſſeſſorem, quia iam de ſuo iure dubitare ac vacillare incipit.

Quod poſtremo dicebatur, textum *in l. 1. C. de præſcript. longi tempor.* non loqui, quando litis inſtantia eſt perempta, nihil mouere debet: tum quia loquitur, quando lis incepta fuit omiſſa, quod poteſt fieri etiā lapſu totius temporis inſtantiæ præfixo, imo loquitur textus, vbi tempus longum præterijt, tum quia eſt eadem ratio, ac ſi perempta eſſet inſtantia, vt patet.

CAPVT LXI.

Quomodo ſit accipiendum, quod dicitur, neminem eſſe cogendum ſtare pacto de litigando coram iudice non ſuo, ad interpretationem l. Si conuenerit, ff. de iuriſdict. om. iud. & l. pen. Cod. de pactis.

APhricanus ait: [*Si cōuenerit, vt alius præterquam cuius iuriſdictio eſſet, ius diceret, & priuſquam adiretur, mutata voluntas fuerit, proculdubio nemo compelletur eiuſcemodi conuentioni ſtare.*] l. Si conuenerit, ff. de iuriſdict. omnium iudicum, &c.

Contra, Iuſtinianus in l. penult. C. de Pactis: [*Si quis in conſcribendo inſtrumento, ſeſe confeſſus fuerit non vſurum fori præſcriptione, &c. Sancimus nemini licere aduerſus ſua pacta venire, & contrahentes decipere, &c.*]

Reſpondent Bartol. & alij veteres communi-

muniter Imperatorem loqui, cum quis iure communi ſubiectus eſt iuriſdictioni alicuius, ſed ex ſpeciali priuilegio eam iuriſdictionem declinare poteſt. tunc cogitur pacto eiuſcemodi ſtare, quia facile res reuertitur ad ius priſtinum, *l. ſi vnus. §. Pactus ne peteret, ff. de Pactis.* Aphricanum vero loqui, cum de iure communi quis non eſt ſubiectus eius magiſtratus imperio, cui pacto ſe ſubijcit: tunc non eſt cogendus pacto ſtare.

Sed obſtat, quod ratio Iuriſconſulti nulla ſit alia, niſi quod illud pactum nudum ſit, & ideo nullam producat obligationem, *l. Iuris gentium. §. Igitur nuda, ff. de pact.* quæ ratio locum habet etiam in alia ſpecie, de qua Imperator loquitur.

Secunda eſt ſolutio Decij *in d. l. penult. n. 8. & in c. 1. de iud. colum.* 10. Imperatorem loqui, vbi is, qui renunciauit præſcriptioni fori, voluntatem ſuam mutat altero inuito: Iuriſconſultum vero, quando vtraque pars conſentit.

Non recte meo iudicio, quia nullũ verbum eſt in d. l. *Si conuenerit*, quo ſignificetur vtriuſque partis conſenſus.

Tertia eſt ſolutio vera, vt mihi videtur, quam attulit Antonius Goueanus *in commentarius d. l. Si conuenerit.* & Iacobus Cuiac. *ad Aphricanum tract.* 7. legem Aphricani capiendam eſſe de pacto nudo, Iuſtiniani vero legem de pacto cõtractui adiecto, quod propterea nudum non eſt, & obligationẽ parit: Id patet ex verbis Iuſtiniani. Sic enim ait: [*Si quis in conſcribendo inſtrumento ſeſe confeſſus fuerit, non vſurũ fori præſcriptione, &c.*] Et rurſus: [*Sancimus nemini licere aduerſus pacta ſua venire & contrahentes decipere.*] Hæc verba oſtendunt pactum in ipſo inſtrumento cõtractus, ſeu in ipſo contractu, vel incontinenti poſt, adiectũ fuiſſe. Porro pacta huiuſcemodi, quæ contractibus adijciuntur ineſſe contractui & obligationem parere notiſſimum eſt ex *l. in bonæ fidei. C. de pactis, & ex alijs locis.* Et hæc ſententia magis placet quam Duareni *ad tit. de Iuriſdict. cap. 6.* exiſtimantis Aphricanum à Iuſtiniano corrigi. Cum nullum verbum in lege Iuſtiniani reperiatur, vnde colligi poſſit ea correctio.

Quod igitur non mutatur, cur ſtare prohibetur? *l. Præcip. C. de appell.*

Sed controuerſia eſt, an & eo caſu locũ obtineat Aphricani ſententia, quo iureiur. pactum eſt firmatum. Affirmant Antonius Butrius Abbas & Decius *in c. 1. nu. 23. de iud.* eo argumento, quod iuramẽtum ſequatur naturam principalis obligationis, *l. vlt. ff. qui ſatisd. cog. l. vlt. C. de non nu. pecu.*

Sed contraria ſententia mihi verior videtur, quæ & cõmunior eſt, *vt patet ex Couar. in c. quamuis. de Pactis, lib. 6. in part. §. 4. n. 7. & ex Seraphino, priuil. 74. n. 165.* Moueor eo argumento, quod iuramentum obligat iurãtem poſthabitis Iuris ciuilis regulis, vt in c. Cum contingat, de iureiur. Quare cum obligetur iurans, cogetur & iuramento ſtare, nec ab ea pactione poterit recedere. Nõ obſtat argumentum, quia vt alias dictum eſt, quod attinet ad vim obligandi iurantẽ, non inſpicitur natura principalis obligationis. Nam etſi illa non oriatur, & contractus non obliget, & improbetur iure ciuili, iuramentum tamen ſuam producit obligationem, *vt in d. c. Cum contingat.*

Caput LXII.

Vtrum ex ſententia iudicis, dominium transferatur.

VAriæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima eſt Accurſij *in §. vlt. in Inſtit. de officio Iudicis.* Alexandri *in l. Pomponius. § ſi iuſſu, n. 9. & 10. ff. de Acquir. poſſ.* & aliorum, *quos commemorat Iaſ. in l. Ex hoc Iure. n. 44. ff. de Iuſt. & Iur.* dominium transferri per ſententiam.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex d. §. vlt. in Inſt. de offic. Iud. in illis verbis: [*Quod autem in iſtis Iudicijs alicui adiudicatum fuerit, id ſtatim eius fit cui adiudicatum fuit.*]

Secundum, ex l. Statu liberi à cæteris. §. Quintus, ff. de ſtatu liberis, in illis verbis: [*Sed veriſſimum eſt, quod & Ariſto Cælius ſcripſit, poſſe dari pecuniam hæredi ab inteſtato, ſecundum quem ſententia dicta eſt, quoniam lex XII. Tabul. emptionis verbo omnẽ alienationẽ complecti videtur, nec intereſſe quo genere quisq; dominus fieret.*]

Tertium eſt ex l. 3. §. Item quæri poteſt ff. de

ff. de reb. eorum, &c. in illis verbis: [*Idemq. erit dicendum, etſi fundus petitus ſit, qui pupilli ſuit, & contra pupillum pronunciatum, Tutoreſq. reſtituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter res iudicata authoritatem.*]

Quartum argumentum. Factum à Iudice, reputatur factum ab ipſa parte, *l. ſi ob cauſam. C. de Euictio.* Sed ſi pars condemnata rem traderet, ex iuſta cauſa transferret dominium, ergo & per ſententiam iudicis transfertur.

Poſtremum argumentum. Ex cauſis, quibus à non domino re tradita vſucapiendi conditio acquiritur, ſi res à domino tradatur, dominium acquiritur, *l. Clauibus. ff. de contrahen. empt.* Sed vſucapiendi conditio acquiritur, ſi per ſententiam Iudicis, res adiudicetur, *l. ſi per errorem. ff. de vſucap. l. Pomponius, § ſi iuſſu. ff. de acquir. poſſeſſ.* Ergo ſi res adiudicetur, eius, qui ſit dominus, transfertur dominium.

Secunda eſt ſententia gloſſ. *in l. exceptio. ff. de exceptione rei iud.* Petri, Cyni, Raynerij, & aliorum *à Iaſone relatorum in d. l. ex hoc iure, n. 44. ff. de iuſt. & iur.* non transferri dominium per ſententiam.

Fundamentum eſt, quia cum per ſententiam res mea tibi adiudicatur, eo prætextu, quod ſit tua, ibi proculdubio error interuenit. Error autem dominij translationem impedire ſolet, *l. 3. §. ſubtilius. ff. de condict. cauſa data.* Si vero nullus error interueniat, ſed res tua ſit, dominium per ſententiam transferri non poteſt, tum quia illud iam habes, *§. Sic itaque diſcretis. Inſtit. de action.* tum quia ſententia declarat dominium ad te pertinere, & ad hoc tendit actio inſtituta, non autem illud transfert, *l. & ex diuerſo. § 1. ff. de rei vendic. l. Pomponius. §. ſed & ii. ff. de procurat. l. Sicuti. §. ſi quæratur. ff. ſi ſeruitus vendicetur.*

Tertia eſt ſententia Bart. *in d. l. ex hoc iure.* in actione perſonali, dominium transferri per ſententiam, ſi ad hoc illa tendat, vna cum actione inſtituta: in reali vero non transferri, ſi ſecundum reum proferatur: Cæterum, ſi pro Actore, qui dominus non ſit, transferri.

Quarta eſt ſententia Hoſtienſis & Ioan. Andr. *in c. Propoſuit, de conceſſ. præbend.* Per ſententiam Iudicis dominium transferri in iudicijs vniuerſalibus, ſecus in particularibus.

Ego vero priorem ſententiam magis probo, ſi modo, & ſententia & actio inſtituta in eum finem tendant, vt dominium transferatur, ſicuti dicebat Bartol. & moueor authoritate d. §. vlt. in inſtit. de offic. iudicis, & deinde hac ratione, quod ſententia videtur eſſe iuſta cauſa, per quam traditione ſecuta, dominium transferatur. Quæ vero in contrarium adferuntur, locum ſibi vendicare poſſunt in eo caſu, quo, vel error admittitur, vel ſententia & actio inſtituta, ad alium finem tendunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum leges, qui præſcriptionem inducunt cum mala fide, iure Canonico ſint correctæ.

VAriæ atque diſſidentes ſunt Doctorum ſententiæ circa leges, quibus præſcriptio inducitur, mala fide non obſtante, an & quomodo ſint iure Canonico ſublatæ.

Ac prima quidem opinio eſt gloſſ. *in cap. vlt. de præſcript.* nec non Practici Papienſ. *in forma reſponſionis rei conuēti, in verb. Præſcriptionis.* Iure Canonico ſublatas non eſſe, ſed ſeruandas in foro ac iuriſdictione Cæſaris, Canones vero in foro Pontificis.

Et fundamentum eſt, quod text. *in d. c. vlt. de præſcript.* leges ciuiles non corrigat, ſed tantum dicat: nullã præſcriptionem cum mala fide valere, ſiue Canonicam ſiue Ciuilem. Quorum verborum ſenſus eſſe videtur, ſiue de re temporali agatur, ſiue de re ſpirituali & eccleſiaſtica, nullam iure Canonico, atque in foro ipſo eccleſiaſtico, valere præſcriptionem cum mala fide.

Sed reijcitur communiter hæc interpretatio, quia ſenſus dictorum verborum longe eſt diuerſus. Quod enim ait S. Pontifex: [*Definimus, vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio, tam Canonica, quam Ciuilis.*] nihil aliud ſignificat, niſi omnem præſcriptionem,

tam

tam à lege Ciuili inductam, quàm à ſacris ipſis Canonibus, corruere, & nullius eſſe momenti, propter malam fidem.

Secunda eſt ſententia Hoſtienſ. *in ſumma, de præſcript. tit. quæ res præſcribi poſſunt, colū. 1. verſ. actiones verò perſonales,* & Bart. *in l. ſequitur. §. ſi viam, ff. de vſucap.* Præſcriptionem quidem rerum cum mala fide non procedere, ſecùs in præſcriptione actionum.

Et fundamentum eſt, quia S. Pontifex, dum ſtatuit præſcriptionem cum mala fide non valere, ſemper loquitur de poſſeſſore rei alienæ. Id patet ex c. poſſeſſor malæ fidei, de reg. iur. lib. 6. & ex d. c. vltim. de præſcript. ibi, [*Oportet, vt qui præſcribit, in nulla temporis parte rei conſcientiam habeat alienæ.*] Quam ob rem leges, quæ de actionum præſcriptione loquuntur, eamque per longiſſimum tempus inducunt, non videntur eſſe ſublatæ.

Sed obſtant huic expoſitioni illa verba d. c. vlt. [*Nulla valeat abſque bona fide præſcriptio.*] & rurſus obſtat ratio qua mouetur S. Pontifex: Quòd, videlicet, omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, &c.

Tertia eſt ſententia Panorm. *in d. cap. vltim. de præſcript.* leges ciuiles præſcriptionem cum mala fide inducentes, in actionibus perſonalibus ſublatas non eſſe, eo in caſu, quo debitor non eſt in mora ſoluendi, nec offerre tenetur creditori debitam pecuniam. Nam ſi non fuerit ab eo petita, is videtur ſe præſcriptione tueri poſſe, eamque præſcriptionem non tam ex mala fide procedere, quàm ex negligentia creditoris non petentis.

Verùm obſtat & huic ſententiæ, quòd, licet creditor ſit negligens, debitor tamen ſcit ſe obligatum eſſe, conſequenter ſi poſt longiſſimum tempus ab eo petatur debita pecunia, non poteſt ſe præſcriptione tueri, quia eſt in mala fide.

Quarta eſt ſententia nonnullorum *quos Couarruuias refert in cap. Poſſeſſor malæ fidei, in 2. parte. §. 11.* Leges correctas non eſſe, de quibus dictum eſt, quantum attinet ad forum externum, ſecùs verò, quod attinet ad forum internum ipſius animæ & conſcientiæ. Sed cùm dicat S. Pontif. nullam præſcriptionem valere, vbi mala fides adeſt, tam Canonicam, quàm Ciuilem, ſequitur vt neque in foro externo rectè obijci poſſit, aut aliqua eius ratio haberi debeat, ſecundùm tritam regulam. Non præſtat impedimentum, quod de iure non ſortitur effectum, præſertim, quia S. Pontif. derogat omni legi & conſuetudini, quę abſque peccato mortali obſeruari non poteſt, qualem proculdubio ibi exiſtimat eſſe legem & conſtitutionem, quę abſque bona fide pręſcriptionem inducit.

Quinta & poſtrema eſt opinio, vera & communis, vſu etiam recepta, Omnes leges & conſtitutiones, quæ præſcriptionem abſque bona fide inducunt, Iure Canonico ſublatas & correctas eſſe, ſiue pertineant ad actiones reales, ſiue perſonales, & ſiue agatur de foro interno, ſiue externo. *Ita docent Ancharanus & Francus in d. c. poſſeſſor malæ fidei. Imola & Felin, in d. c. vltim. Baldus de præſcript. in 2. parte 3. partis princ. quæſt. 13. & alij quos refert & ſequitur Couuarr. loco nuperrimè citato. Nec non Anton. Gabriel. commun. concluſ. tit. de præſcript. concluſ. 3. num. 3.*

Probatur hæc ſententia hoc argumento. Si Pontifex omnes leges prædictas tollere & corrigere potuit, & voluit. Ergo ſublatæ & correctæ eſſe cenſentur, quoniam ex poteſtate & voluntate, vt dicebat Ariſtoteles, actiones humanæ perfectionem accipiunt. Potuiſſe S. Pontificem, nemini dubium eſt, quia hic agitur de peccato, qua quidem in re propter animæ ſalutem, ſummam habet poteſtatem decernendi ac ſtatuendi, *vt in cap. Nouit, de Iudicijs.* Voluiſſe autem, negari non poteſt; quia hoc expreſsè habetur in d. c. vltim. de præſcript. & alibi: Vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio, tam Canonica, quàm Ciuilis, quoniam omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, inquit S. Pontifex: [*Et generaliter omni conſtitutioni & conſuetudini derogandum ſit, quæ abſque mortali peccato obſeruari non poteſt.*] Vnde ſic argumentatur S. Pontifex: Omni conſtitutioni eſt derogandum, quæ ſeruari non poteſt abſque peccato mortali. Sed præſcriptio ſine bona fide, peccatum continet, ac nutrit, quia omne, quod non eſt ex

eſt ex fide, peccatum eſt. Ergo legibus & conſtitutionibus, quæ illam admittunt & probant derogandum eſt, quia ſine peccato obſeruari non poſſunt. Et tantum ſufficit de iſta controuerſia.

CAPVT LXIV.

Vtrum præſcriptione completa bona fide, ſi is qui præſcripſit, cognouerit rem eſſe alienam, teneatur in foro conſcientiæ eam reſtituere domino ſuo.

DOctiſſimus vir Alciatus in libello de quinque pedum pręſcript. exiſtimauit, præſcriptionem in foro conſcientiæ locum non habere, & ideo poſſeſſorem teneri, ſi cognouerit rem alienam eſſe, domino reſtituere. Idem docuerunt nonnulli Theologi, *quos commemorat Couuarr. in c. Poſſeſſor malæ fidei, in 3. part. §. 2.* & horum omnium illud eſt fundamentum, quòd in foro conſcientiæ ceſſat ratio præſcriptionis, vt litium aliquando finis eſſet, & ſi quæ alia ratio adfertur, in eoque maximè bona fides vigeat, quam quilibet Chriſtianus agnoſcere debet, & vltrò rem ad dominum deferre. Quibuſcunque enim verbis lex loquatur, iubeat, fingat, præſumat, nunquam naturalem illam iuſtitiam abolere poteſt, in qua cardo omnis, fundamentumque Euangelicæ veritatis reſidet. *Idem docuit Gregorius Syntagmat. iuris lib. 4. cap. 8. num. 4.*

Sed contraria ſententia, quæ crebriori calculo, tum Theologorum, tum Iuriſconſultorum eſt recepta, mihi quoque magis probatur. *Ita enim docuerunt Tiraquellus poſt alios de Præſcript. §. 1. gloſſ. 2. Couuarr. loco ſuprà citato. Franciſcus Sarmient. l. 2. ſelectar. interpretationum, cap. 10. & Alciatus ſibi parum conſtans ad rubr. de præſcript. num. 13.*

Fundamentum eſt præclarum ac ſolidum, quia qui præſcripſit bona fide, iam dominium acquiſiuit rei alienæ, conſequenter eam alteri reſtituere non tenetur, quia non alterius, ſed ipſius, qui præſcripſit eſt. Abſurdum verò eſt exiſtimare, præſcriptiones, quæ ſacris Canonibus receptæ ſunt, vimque habent in foro externo, ac poſſeſſorem tuentur, in interiori conſcientię foro locum non habere. Sic enim ſequeretur eum peccare, qui ſacris Canonum conſtitutionibus innititur, quo nihil eſt à veritate magis alienum. *c. qui peccat. 23. quæſt. 4.* Præſertim cùm in hac ipſa præſcriptionis materia, magnopere ſacri canones inuigilarint, ne aliquod peccatum inducatur, *vt in c. vltim. de præſcript. & alibi.*

Quòd verò dicebatur, in foro animæ interiori, eam rationem non habere locum, cui pręſcriptionis leges innituntur, nec poſſe leges rationem naturalem tollere, quæ dictat rem reſtituendam domino, nihil mouere debet, quia iuſtas ob cauſas inducta eſt præſcriptio, ideoque valet & obtinet, etiam in foro conſcientiæ, ſicut & aliæ leges, quibus ex iuſtis cauſis decernitur, dominio rei ſuæ aliquem priuari poſſe, & ratio illa naturalis iuſtas ob cauſas temperari à legiſlatore poteſt in aliquibus caſibus, *ſicuti conſtat ex notatis in c. quæ in Eccleſiarum, de conſtitutionibus, & alibi.*

CAPVT LXV.

Vtrum is, qui dubitat, an res ſua ſit, vel aliena, poſſit præſcribere.

SI poſſeſſor ab initio dubitauerit, an res ſit ſua, vel aliena, inter omnes conſtat, eum præſcribere non poſſe.

Cæterùm, ſi ab initio bonam fidem habuerit, & poſtmodum dubitare inceperit, Vtrum poſſit Iure præſcribere & vſucapere rem alienam, aliqua eſt inter Doctores controuerſia. Etenim præſcribere non poſſe talem poſſidentem, opinati ſunt Anton. Butr. *in c. vlt. de præſcript.* & Dom. Sot. *de Iuſt. & Iur. lib. 4. art. 4. quæſt. 4.*

Fundamentum eſt illud, quòd præſcriptio requirat bonam fidem, dubitans verò, in bona fide eſſe non videatur, imò verò non procul eſſe à peccato, quandoquidem is, qui dubitat, an id quod facit, ſit peccatum, in peccatum incidit, iuxta ſententiam illam; Qui amat periculum, peribit in illo, *vt ha-*

vt habetur in c. Literas, de Reſtitutione ſpoliator. & in c. In præſentia, de ſponſal.

Sed contrariam ſententiam & communiorem & veriorem eſſe iudico. *Eam ſecuti fuere Panorm. Imola. & Felin. in d. c. vltim. Baldus de præſcript. in 2. part. 3. partis princip. q. 2. Couarr. ad c. Poſſeſſor malæ fidei. in 2. part. §. 7. de reg. iur. lib. 6. Franciſc. Sarmient. ſelectarum interpretationum, lib. 2. cap. 10.*

Probatur hæc ſententia ex dicto, cap. vltimo. Si principium cum fine iungatur. Sic enim ait in principio. [*Definimus, vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio* (ſed in ſpecie noſtra poſſeſſor bonam fidem habet) ſequitur deinde textus: *Itaque oportet, vt qui præſcribit, in nulla temporis parte, rei habeat conſcientiam alienæ.*] Sed poſſeſſor in quæſtione propoſita non habet conſcientiam rei alienæ, qui enim dubitat, non dicitur habere ſcientiam, *ſicuti declarat optimè Bartol. in l. Admonendi, num. 18. ff. de iureiur.* Igitur præſcribere poterit.

Dubium autem eſt duplex, alterum ſpeculatiuum, vt vocant, alterum practicum. Speculatiuum, cum quiſpiam dubitat, an res ſit ſua vel aliena. Practicum verò cùm dubitat, an poſſit illam retinere ſine peccato.

Priori dubio implicitus, non eſt in mala fide, neque peccat, quia licet dubitet, An ſua ſit res, vel aliena, credere tamen poteſt, ſe iuſtè eam poſſidere, ac retinere poſſe, donec cognouerit alienam eſſe.

Poſteriori verò dubio inuolutus, peccat, ſecundum illud habent locum argumenta prioris ſententiæ.

Cæterùm non de poſteriori hoc practico dubio, ſed de priori ſpeculatiuo, communis, & noſtra hæc ſententia eſt accipienda. *Vide etiam de hac re Vaſq. controuerſ. Illuſtr. lib. 2. cap. 77.*

Capvt LXVI.

Vtrum mala fides Authoris noceat bonæ fidei ſucceſſori, quo minus præſcribere poſſit, ſeu vſucapere rem alienam.

HÆc res partim Iure definita eſt, partim controuerſa, in ſucceſſore quidem ſingulari definita eſt ex Authent. Malæ fidei. C. de præſcript. longi temporis. Cæterùm in vniuerſali ſucceſſore, qualis eſt hæres, dubia eſt & controuerſa, *vt videre licet ex Panormit. Felin. & alijs Doctoribus, in cap. ſi diligenti, de præſcript. ex Dino in regul. Poſſeſſor malæ fidei, de regulis Iuris, libro ſexto, & ex Didac. Couarr. eodem in loco, in ſecunda parte Relection. §. 9.*

Ego verò in eorum ſententiam magis deſcendo, qui hæredem negant præſcribere poſſe, quamuis ſit in bona fide, ſi defunctus, cui ſucceſſit, malam fidem habuerit.

Moueor inprimis authoritate text. in l. Cum hæres. ff. de diuerſ. tempor. præſcript. vbi Iuriſconſultus ita dicit: [*Cùm hæres,* inquit Papinian. *in ius omne defuncti ſuccedat, ignoratione ſua, defuncti vitia non excludit, veluti cum ſciens alienum, vel precario poſſedit, quamuis enim precarium hæredem ignorantem non teneat, tamen vſucapere non poterit, quod defunctus non potuit.*]

Secundò, authoritate text. in l. Nec vſufructuarium. C. de vſufructu. [*Nec vſufructuarium,* inquit textus, *ad obtinendam proprietatem rerum, quorum vſumfructum habet, neque ſucceſſores eius, vlla temporis ex ea cauſa tenentes præſcriptio munit.*]

Tertiò, ex Iuris Canonici regula, quæ habet; Hæredem obligari ad exonerandam defuncti conſcientiam, *vt vulgò dicitur. c. vltim. de ſepultur. cap. in litteris, de Raptor. cap. Tuanos, de Vſuris. c. ſi Epiſcopum. 16. quæſt. 6.* Si ergo defunctus malam fidem habuit, quippe qui ſciebat rem alienam eſſe, tenebatur rem domino reſtituere, ſi non reſtituit, & ad hæredem ea res peruenit, is tenetur exonerare eius conſcientiam, & ſic domino rem reſtituere non autem vſucapione ſuam facere.

Fundamentum contrariæ ſententiæ infirmum eſt, nec magno labore opus eſt in eo refutando. Eſt enim in eo poſitum, quod hæres ſit in bona fide. Concedo. Qui eſt in bona fide, præſcribere poteſt. Concedo. Ergo hæres præſcribere poteſt. Nego,

quia minor propoſitio in vniuerſum vera non eſt, excipiendus eſt enim ille caſus, quo quis in vitia defuncti ſuccedit. Etſi enim bonam fidem habeat, vitia defuncti non excludit, neque præſcribere poteſt, quod defunctus non potuit, *d. l. Cùm hæres.* Non ignoro Vaſquium *lib. 2. controuerſ. Illuſtrium cap.* 73. aliter docuiſſe, ſed eius argumentis alio in loco ſatisfaciam, *lib.* 10. *Controuerſ. cap. vltim.*

Capvt LXVII.

Quomodo ſit accipiendum, quòd vulgo receptum eſt, ac dici ſolet: poſt longiſſimum tempus, malam fidem allegari non poſſe contra poſſeſſorem: & an ſit verum.

Malam fidem aduerſus poſſeſſorem longiſſimi temporis, allegari non poſſe docuit Bart. *in l. vlt. C. Vnde vi:* illius textus authoritate adductus, nimirum propter illa verba in fine poſita: [*Si non ex die, ex quo poſſeſſio detenta eſt, triginta annorum exceſſerint curricula.*] Bartolum ſecuti ſunt alij vt teſtatur Couuarr. *ad c. poſſeſſor malæ fidei; de reg. Iur. lib. 6. in 2. parte.* § . 8. *num.* 3.

Iam controuertitur, quomodo id accipiendum ſit. Prima eſt ſententia Cornei, *in conſil.* 207. *colum.* 21. *lib.* 3. quem refert & ſequitur Crauetta *in conſil.* 146. *num.* 5. accipiendum eſſe illud dictum, quò ad effectum d. l. vltim. C. vnde vi. cum enim ea lege caueatur, vt nemo poſſit abſentis poſſeſſoris poſſeſſionem inuadere, ac inuadens eam reſtituere teneatur; ea allegatione reiecta, quòd per ignorantiam ſe alienam rem occupaſſe dicat, dùm propriam eſſe putaret, excipitur ille caſus, quo ex die occupationis triginta anni effluxerint, conſequenter, quod ad eam ſpeciem attinet, malæ fidei præſumptio ex lapſu triginta annorum ceſſat.

Verùm obſtat huic interpretationi, quòd ſi in ea ſpecie d. l. vltim. ita ſtatuendum eſt nil proponi videtur, cur & in alijs ſimilibus idem ſtatuendum non ſit, nam vt Iulianus dicebat, non poſſunt omnes articuli ſingulatim, aut legibus, aut Senatuſconſultis comprehendi, ſed cum in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt, is, qui iuriſdictioni præeſt ad ſimilia procedere, atque ita ius dicere debet. *l. non poſſunt. ff. de legibus.*

Secunda eſt opinio eiuſdem Crauettæ *in d. conſil.* 146. *numer.* 6. quem ſecutus eſt Hippol. Rimin. *in conſil.* 249. *lib.* 3. Communem illam aſſertionem intelligendam eſſe, vt locum habeat inſpecto Iure Ciuili. Cæterùm Iure Canonico nequaquam vera eſt, quoniam omnis præſcriptio, etiam longiſſimi temporis, Iure Canonico ſublata eſt abſque bona fide.

Sed obſtat illud, quod licet Iure Canonico ita conſtitutum ſit, non tamen eſt ſublata communis aſſertio, de qua loquimur, nempe poſt longiſſimum tempus malam fidem non præſumi.

Tertia eſt ſententia eiuſdem Crauettæ, & Riminaldi *locis annotatis*, & ante eos Aretini *in conſil.* 154. adhibendam eſſe diſtinctionem inter malam fidem veram, & præſumptam. Mala fides vera ſemper allegari poteſt, ſemperque præſcriptionem infirmat, præſumpta verò nequaquam. Quare ſi quis probet rei alienæ poſſeſſorem, etiam longiſſimi temporis, reuera non ignoraſſe rem alienam eſſe, exceptio malæ fidei obtinebit, & impediet præſcriptionem. Cæterùm ſi hoc obijciatur longiſſimi temporis poſſeſſori, quòd præſumatur eſſe in mala fide, rem alienam non ignoraſſe, quodque credere debuerit, quod ſuum non erat, ad alios pertinere, iſthæc allegatio & exceptio nihil oberit, quia vires non habet poſt longiſſimum tempus elapſum.

Ego verò longè diuerſam ab his opinionem habeo: Nam quod attinet ad l. vlt. C. vnde vi; nihil illa aliud docet, niſi Poſſeſſorem rem, quam occupauit, reſtituere oportere, niſi triginta annorum curricula exceſſerint. Verba textus ſic habent: [*His videlicet, quæ ſuper recipienda poſſeſſione à nobis diſpoſita ſunt, locum habentibus, ſi non ex die, ex quo poſſeſſio detenta eſt, triginta annorum exceſſerint curricula.*] Hic de præſumenda, vel non

præſu-

præſumenda mala fide poſt longiſſimum tempus, deque poteſtate eam allegandi, vel non allegandi nullum verbum animaduerto. Supra quidem Imperator dixit, [*Ridiculum etenim eſt dicere, vel audire, quod per ignorantiam, alienam rem aliquis, quaſi propriam occupauerit: omnes autem ſcire debent, quod ſuum non eſt, hoc ad alios modis omnibus pertinere.*]

Cæterum hæc allegatio, hæc præſumptio, hæc obiectio, non tollitur ex lapſu longiſſimi temporis, quoniam & poſt longiſſimum tempus mala fides poſſeſſoris durat qui alienam rem occupauit, ſed tollitur condictio ex illa lege, ſicut & omnes aliæ actiones regulariter per triginta annorum ſpacium tolluntur, mala fide poſſeſſoris non obſtante, *vt in l. Omnes, & in l. Sicut. C. de Præſcript. longiſſimi temporis.* Quod vero dicitur de mala fide præſumpta, nihil eſt, quia bona fides præſumitur in poſſeſſore, vt notum eſt, conſequenter etiam ante longiſſimum tempus, malæ fidei præſumptio ceſſat, & qui dicit poſſeſſorem malæ fidei eſſe, id probare debet: leges ſunt hac de re claræ & notiſſimæ. Quare ſic ſtatuo, bona tantorum Patrum venia: huius communis aſſertionis fundamentum nullum eſſe, ac proinde quomodo accipienda ſit, ſuperuacaneam eſſe indagationem.

Caput LXVIII.

Vtrum ſtatutum Ciuitatis quo cauetur, vt niſi intra certum tempus Creditor petierit debitum, excludatur, valeat, & ſeruandum ſit?

VAriæ ac inter ſe diſſidentes ſunt Doctorum ſententiæ de ſtatutis, quæ in Italia potiſſimum multis in locis vigent, & quibus ita cauetur, vt niſi intra certum tempus creditor ſibi debitum petierit, excludatur à Iure ſuo, an valeant & ſeruanda ſint. Nam valere ac ſeruanda eſſe in pœnam negligentis Creditoris Bartol. exiſtimauit, *in l. Sequitur. §. Si viam. ff. de Vſucap.* & cum eo multi alij, *quos commemorat Ant. Gabr. commu. concl. tit. de præſcript. concl. 4.*

Cæterum non valere huiuſcemodi ſtatuta, quia peccatum inducere videantur, propter malam debitoris fidem, reſponderunt Ioan. Andr. & Ancharan. *in cap. 2. de Except. lib. 6.* & multi alij *à Gabrielio citati loco annotato.*

Alij diſtinctione hac vtuntur, vt ſi quidem ſtatuti verba ad debitorem referantur, non valeant, ſi ad Creditorem valeant. *Ita Caſtren. in d. §. Si viam.*

Sunt & qui diſtinguant, vtrum debitum ſit iuratum, necne, vt primo caſu non valeant, ſecundo autem caſu valeant. Ita Angel. Rom. & Iaſ. *l. Nam & poſtea. §. Si is qui temporali. ff. de Iureiur.*

Alij, vtrum ſtatutum creditorem excludat à Iure ſuo, an vero debiti probationem infringat: priore caſu illud non valere docent, poſteriore caſu valere exiſtimant. *Ita Alex. in conſ. 170. libr. 7. Socin. ſen. in conſil. 120. numer. 19. libr. 1. Ant. Gabr. commun. conclu. tit. de Statutis, concl. 11. numero 12. Hieron. Gabriel. in conſ. 4.*

Alij denique ſtatutum valere quatenus debiti probationem infringit, putant, ſi modo iuſta ratione id fiat: alias ſecus. *Ioan. Andr. in Addit. ad Specul. titul. de Inſtrum. edit. §. compendioſe. ſuper verbo, ſed nunquid. verſicul. ſed conuerſo caſu. Anton. Butr. & Abbas, in cap. 2. de Probation.* Ego vero omnem hanc controuerſiam ſequentibus concluſionibus dirimi poſſe iudico.

Prima concluſio. Statutum, quo cauetur, vt ſi creditor non petierit debitum intra certum tempus excludatur à Iure ſuo non valet, ſiue verba ad creditorem dirigantur, ſiue ad debitorem, ſi modo debitor ſit in mala fide. Probatur hæc aſſertio, ex cap. vlt. de præſcript. in illis verbis. [*Cum ſit omni conſuetudini, & conſtitutioni derogandum, quæ abſq; mortali peccato ſeruari non poteſt.*] Et ſupra S. Pontifex ſic ſtatuit, vt nulla valeat abſq; bona fide perſcriptio, tam Canonica quam Ciuilis.

Secunda cõcluſio. Statutum huiuſmodi Creditorem excludens, & debiti probationem infringens, ſi ob iuſtam cauſam cõditum eſſe nõ appareat, non valet. Probatur hæc concluſio, primo ex capit. 2. de

Probation. Quatenus ibi S. Pontifex improbat conſuetudinem, quæ abſque iuſta cauſa probationibus factis derogabat. Secundo probatur, quia ſtatutum licut, & lex, debet eſſe iuſtum. *c. Erit autem lex. 4. diſt. Innoc. in c. Pleriq. in fin. de immu. Eccleſ. Abbas in d. c. 2. n. 4. de Probat.* Tale autem ſtatutum eſt iniuſtum, quia legitimis probationibus fides eſt adhibenda. Tertio quia tale ſtatutũ probationem infringens, licet non directe, attamen effectu ipſo conſiderato præſcriptionem inducit cum mala fide, neque ſeruari poteſt abſq; mortali peccato, quoniam debitor ſcit ſe debitorem eſſe, creditor vero id probare non poteſt, atque ideo excluditur & priuatur iure ſuo.

Tertia concluſio. Statutum, de quo agitur, ſi probationem infringat ex iuſta & legitima cauſa, valet & ſeruandum eſt. Probatur hæc ſententia, quia lex poteſtatẽ habet ex iuſta & probabili cauſa, iuſtam & plenam probationem infirmandi, id patet quia legitima probatio regulariter conficitur ex duobus, vel tribus teſtibus iuxta illud, In ore duorum, vel trium ſtat omne verbum *c. Cum eſſes. de Teſtam. c. In omni negotio. de Teſtib. c. Forus. §. In omni negot. de verb. ſignificat.* & tamen iuſte ad fraudes tollendas ſancitum eſt, vt in teſtamentis ſeptem requirantur, in Codicillis quinque, & in alijs multis caſibus. Iuſtam vero cauſam hic ego non præſumo, nec facile probari poſſe iudico.

Poſtrema concluſio. Huiuſmodi ſtatutum ex iuſta cauſa probationem infirmans valet & locum habet, etiam in debito iurato. Probatur hæc concluſio, quia iuramentum adhibetur ad contractum confirmandum, non autem ad probationem inducendam. Probatio enim differt ab eo, quod in obligatione continetur. Igitur hoc in caſu iuramentum nihil operatur, quia ſcilicet ipſum iuramentum probari non poteſt, *vt dicebat Alciat. in c. Cum contingat. nu. 242. de Iureiur.* Et ideo receptum eſt, Iuramentum nequaquam habere vim, & poteſtatem ſupplendi ſolemnitatem probatoriam, vt loquuntur noſtri, talis enim ſolennitas Iure publico inuenta eſt, ac proinde pacto & iuramento partium ſuppleri non poteſt. *Vide Bart. in l. Si quis pro eo. nu. 1. ff. de Fideiuſſ. Panorm. in c. Cum contingat. n. 24. de Iureiur. & Gabriel. commun. concluſio. tit. de ſtatut. concluſ. 11. nu. 12.*

Capvt LXIX.

Vtrum aduerſus præſcriptionem competat, maioribus vigintiquinque annis in integrum reſtitutio, ex cauſa iuſta & probabili ignorantia.

Controuerſi Iuris eſt, an aduerſus præſcriptionem maioribus XXV. annis competat in integrum reſtitutio ex cauſa iuſtæ & probabilis ignorantiæ, *vt videre licet ex Didaco Couar. in c. Poſſeſſor malæ fidei. in 3. par. §. 2. de Reg. Iur. lib. 6. Abbate & Felino in ca. Vigilanti de Præſcript. Pinello in Authent. Niſi Tricennale. nu. 58. C. de Bonis matern. Cranett. in conſil. 201. Boerio deciſ. 59. Sfortia Oddo de Reſtit. in integr. parte 2. quæſt. 90. Franciſco Sarmiento ſelectar. interpret. libr. 2. c. 10. & Federico Scoto, in conſ. 1. lib. 4. tom. 2.*

Ego eam ſententiam vſu forenſi receptã eſſe non ignoro, quæ reſtitutioni fauet. Sed tamen contrariam ſententiam, legib. eſſe magis conſentaneam exiſtimo, quã in primis cõfirmabo, deinde communis ſententiæ argumenta refutabo.

Igitur maioribus XXV. annis eſt d. cauſa non competere reſtitutionem aduerſus præſcriptionem, his argumentis probatur.

Primũ ſumitur ex l. vlt. C. de præſcript. longi temporis, in illis verbis: [*Nulla ſcientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inexecrabilis oriatur occaſio.*] quibus verbis hoc Imperator vult, vt præſcriptio locum habeat, tam contra ſcientem, quam contra ignorantem, ne ſi duntaxat cõtra ignorantem locum habeat, ob eam cauſam nouæ lites & dubitationes exoriantur. Ergo reſtitutio aduerſus præſcriptionem non eſt concedenda ex cauſa ignorantiæ, ne ſuper ignorantia & ſcientia, nouæ oriantur lites vel dubitationes.

Secundum eſt ex l. Sicut. C. de Præſcript. XXX. vel XL. annorum, Vbi poſtquam Impe-

Imperator dixit, eam præſcriptionem contra omnes locum habere. [*Non abſentia* inquit, *non militia contra eam legem defendenda, ſed pupillari ætate duntaxat huic eximenda ſanctioni.*]

Tertium eſt ex l. omnes. C. eod. tit. Vbi dicitur, Eum qui præſcripſit, pleniſſima munitione ſecurum eſſe, quod ſanè verum non eſſet, ſi reſtitutio in integrum competeret aduerſus ipſam præſcriptionem ex cauſa ignorantiæ.

Quartum eſt ex l. vlt. C. de fundis patrimon. lib. 11. in illis verbis. [*Nullam penitus ſuper dominio memoratorum omnium fundorũ, &c. à publico actionem vel moleſtiam, vel quamlibet inquietudinem formidare, &c.*]

Quintũ eſt ex l. vni. C. de Vſucap. transformanda. vbi Iuſtin. commemorans antiquas circa præſcriptionem conſtitutiones, easq́ue corrigens, quoad tempus præſcriptionis, clarè indicat præſcriptionem vim habere, ac efficaciam, etiam aduerſus ignorantes. Sic enim ait: [*Sed ſi quis res alienas, Italicas tamen, bona fide poßidebat per biennium, miſeri rerum domini excludebantur, & nullus eis ad eas reſeruabatur regreſſus, quæ, & neſcientibus dominis procedebant, quò nihil inhumanius erat, ſi homo abſens, & neſciens, tam anguſto tempore ſuis cadebat poſſeßionibus.*] Quam quidem temporis anguſtiam ibi corrigit Imperator dũtaxat, & ſic antiquæ leges valẽt, quibus præſcriptio etiam ignorantibus nocet.

Sextum eſt ex c. Ad aures de Præſcript. ibi: [*Quadragenalis præſcriptio, omnem prorſus actionem excludit.*]

Septimum argumentum, ac poſtremum eſt huiuſmodi. Quia videlicet abſentibus propter iuſtam ignorantiam maius tempus conceditur vt ſuas res perquirãt. Quare ſi intra conſtitutum tempus non requiſierint, meritò excluduntur. Item; quia ſi reſtitutioni locus eſſet propter ignorantiam, nunquam, vel rarò præſcriptio locum haberet: quis enim ſciens pateretur ſuas res ab alijs vſucapi.

Reſpondent contrariæ ſententiæ Authores, his argumentis probari, Præſcriptionem etiam ignorantibus obeſſe, ſed non probari, nec idcirco colligi poſſe, reſtitutionem eſſe denegandam. Nam & abſentibus Reipubl. cauſſa nocere ſolet, qui tamen in integrum reſtituendi ſunt. Rectè, ſi leges extarent, quibus & ex cauſa ignorantiæ reſtitutionem eſſe concedendam caueretur, ſicuti ex cauſa abſentiæ, Reipubl. cauſa, cautum eſt, Sed nulla extat lex tale aliquid dicens, & multæ contrà extant cõſtitutiones ac leges, quibus contrarium ſuaderi probabiliter poteſt.

Sed iam videamus quantũ habeant momenti ſententię communioris argumenta.

Illud in primis adfertur, quod habetur in l. 1. ff. Ex quibus cauſis maiores in integrum reſtituantur. [*Si qua alia iuſta mihi cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam.*] Reſpõdeo, Non ita ſimpliciter text. dicit, ſed ita. [*Item ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam, quoad eius per leges plebiſcita, Senatuſconſult. edicta, decreta Principum licebit.*] At nulla extat lex, nullũ decretũ, quo ignorantiã eſſe iuſtam reſtitutionis cauſſam aduerſus præſcriptionem demonſtrari poſſit.

Si dicatur, ſufficere, nullam eſſe legem quæ reſtitutionem prohibeat, quia ſic illa verba edicti accipienda ſunt, leg. Nec non. §. quod eis. ff. ex quibus cau. maior. ibi. [*Quæ clauſula non illud pollicetur, ſe reſtiturum, ſi leges permittant, ſed ſi leges non prohibeant.*] Item ſufficere, ſi æquitas reſtitutionem ſuadeat, ſic enim illa verba. [*Si qua alia mihi iuſta cauſa videbitur,*] accipienda ſunt, *vt in l. Sed & ſi per Prætorem. §. Item inquit Prætor. ff. eod. tit.* Reſpõdeo leges hoc in caſu reſtitutionem prohibere, ſi non expreſsè, ſaltem tacitè: quia videlicet etiam ignoranti nocere volunt præſcriptionem, Nec ratio æquitatis reſtitutionem dari poſtulat, quia ſic nunquam eſſet litium finis, & parum ipſa præſcriptio prodeſſet, cùm ſcientes res ſuas ab alijs detineri, ſæpius interrumpant præſcriptionem, & longum tempus, ideo ſit conſtitutum, vt perquirendi res ſuas dominis facultas daretur.

Secundò, adfertur text. in l. 1. §. Si quis propter ff. de Itinere, actuq́ue priuato. Reſpondeo, textum nõ loqui de impedimento, quod ex ignorantia procedit. Sic enim habet. [*Si quis propter inundationem vſus non ſit itinere,*

itinere, actuq́; hoc anno, cum ſuperiore vſus ſit, poteſt repetita die hoc interdicto vti, per in integrum reſtitutionem, ex illa parte edicti, ſi qua mihi iuſta cauſſa videbitur.]

Tertio, adfertur text. in l. Et Atticilinus. ff. de ſeruitutibus ruſtic. prædior. Reſpondeo. Reſtitutionem dari in ea ſpecie ex alio impedimento, quam ignorantiæ, ſic enim ait textus. [*Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere ſoliti ſunt, adierunt me, propoſueruntq́; aquā, qua per aliquot annos vſi ſunt, ex fonte, qui eſt in fundo Sutrino, ducere non potuiſſe, quod fons exaruiſſet, & poſtea ex eo fonte aquam fluere cepiſſe, petieruntq́; à me, vt quod ius non negligentia, aut culpa ſua amiſerant, ſed quia ducere non poterant, his reſtitueretur. Quorum mihi poſtulatio, cum nō iniqua viſa ſit, ſuccurrendum his putaui. Itaq́; quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua ad eos peruenire non potuit, id eis reſtitui placet.*]

Quarto, adfertur text. in l. Ab Hoſtib. ff. ex quibus cauſis maiores. Reſpondeo, textum loqui de abſente ab hoſtib. capto, non autem de ignorante.

Quinto, adfertur tex. in l. Si partem. §.1. iuncta Gloſſ. ff. Quemadmodum ſeruitus amittatur. Reſpondeo, textum illum potius fauere ſententiæ noſtræ, & Gloſſ. in verbo, Non vtendo, quæ reſtitutionem in cauſa ignorantiæ cōcedendam arbitratur, niti authoritate l. Et Atticilinus. ff. de ſeruitut. ruſtic. præd. qui text. ad hanc rem nō pertinet, vt ſupra dictum eſt. Iuriſconſulti verba, in d. l. Si partem. §.1. hæc ſunt: [*Si per fundum meum viam tibi legauero, & adita mea hereditate, per conſtitutum tempus ad amittendam ſeruitutem, ignoraueris eam tibi legatam eſſe, amittes eam non vtendo.*]

Sexto, adfertur illa ratio, quod cum ex cauſſa infirmitatis & abſentiæ, & ex alijs iuſtis impedimentis reſtitutio concedatur, ſit etiam ex cauſſa ignorantiæ concedenda, quia iuſtum impedimentum adferre videtur. Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam idcirco tempus ignoranti datur à lege, vt res ſuas perquirat; ne iuſtam conquerendi cauſam habeat, & vt ſi vel noluerit, vel non potuerit, iura ſua inuenire, id vel negligentiæ ſuæ, vel fato adſcribat, neque enim perpetuæ lites eſſe debent in Republica, & dominia rerum in incerto eſſe.

Poſtremo adfertur illa ratio, quod præſcriptio inducta eſſe videatur in odium negligentis. Is autem qui ignorat, negligens eſſe non dicatur. Reſpōdeo, bono publico inductam eſſe vſucapionem, ne ſemper dominia rerum in incerto eſſent, & vt aliquando litium finis eſſet, *l. 1. ff. de Vſucap. l. vlt. ff. Pro ſuo.*

CAPVT LXX.

Vtrum præſcriptione, ſiue vſucapione acquiratur dominium directum, an vero vtile tantum.

VTile dominium, ſi noſtrorum interpretum loquendi vſum, & placita ſpectemus, duobus modis dicitur. Primum illud quod opponitur directo dominio, ſecundo id, quod ex directo dominio pendet, quale dicuntur habere Emphyteutæ, & Vaſalli: de qua quidem appellatione aliquibus quidem probabili, aliquibus non ſatis probabili, iam non diſputo, ſed de re ipſa, ac omiſſa poſteriore ſignificatione. Quod ad priorem attinet, non deſunt, qui ex præſcriptione negant acquiri directum dominium. Non deſunt etiam, qui affirment: Inter omnes autem conuenit, ſi de vſucapione rerum mobilium agatur directum acquiri dominium: ſimiliter inter omnes conſtat, non acquiri ex præſcriptione longiſſimi temporis, ſi poſſeſſor ſit in mala fide, *Vide Alciat. in l. vt ſunt. ff. de verb. ſignific. Vaſquium Controuerſ. illuſt. cap. 54. & Pinell. in Authent. niſi Tricennale, num. 38. C. bonis matern.* Omnis controuerſia eſt de præſcriptione longi temporis, ac longiſſimi, cum poſſeſſor eſt in bona fide. Etenim eiuſmodi præſcriptione vtile duntaxat dominium acquiri, reſponderunt Gloſ. *in l. Traditionibus. C. de pact. & in d. Authent. niſi Tricennale,* quam vtroque in loco ſecutus eſt Bart. & Felin. *in rubr. de præſcript. atque ibid.* Panorm. Bald. *de præſcript. 2. part. 3. pareis princip..q. 2.* & alij, *quos commemorat. Couarr. ad reg. poſſeſſ. malæ fidei, in 3. par. in prin. de Reg. Iur. lib. 6.*

Argu-

Argumenta verò ſunt iſthæc. Primum ex l. Si duo Patroni. §. 1. ff. de Iureiur. in illis verbis. [*Poſt longi temporis præſcriptionem, etiam vtilem actionem habere debere.*]

Secundum eſt ex l. 1. in fi. ff. de Aqua plu. arcen. & ex l. Si quis diuturno. ff. quemadmod. ſeruitus vindicetur, in quibus locis habetur, Acquiſita ſeruitute per præſcriptionem, actionem vtilem competere.

Tertium argumentum eſt ex eo, quòd ex præſcriptione dicitur oriri exceptio. *vt in l. Super longi. C. de longi temporis præſcript. & in l. Si quis emptionis. C. de Præſcript. longiſſ. tempor.* Exceptio autem eſt actionis excluſio *leg. 2. ff. de exception.* Ergo is, contra quem excipitur, de præſcriptione dominium rei habet, alioquin rem vendicare & agere non poſſet, cùm autem dominium vtile non habeat, eſt enim illud penes poſſidentem, neceſſariò ſequitur, eum habere directum, & ſic vtile duntaxat præſcribenti fuiſſe quæſitum.

Poſtremum argumentum eſt huiuſmodi. Dominium ex Iure gentium prouenit, *Ex hoc Iur. de Iuſt. & Iur.* Ergo à Iure Ciuili tolli non poteſt ex præſcriptione. §. *vltim. in Inſt. de Iure naturali, gentium & ciuili.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Doctores Galli veteres, *Deci. & Alciat. in l. Traditionib. C. de pactis. Corraſius lib. 6. Miſcellan. c. 20. Couarr. loco nuperrimè citato. Vaſq. Controuer. illuſt. c. 54. & Pinell. in Auth. niſi Tricennale. C. de Bonis mater. num. 39.*

Argumenta verò ſunt iſta. Primum ex l. 3. ff. de Vſucapio. & ex l. Acquiritur. 2. §. Non ſolum. ff. de Acquit. ter. dom. & ex l. Tradition. C. de pactis, quibus in locis habetur, Vſucapionibus dominia rerum nobis acquiri. Quæ quidem dominij appellatio in potiori ſignificatu eſt accipienda, *l. 1. §. qui in perpetuum. ff. ſi ager vectigalis, vel Emphyteuticarius petatur.*

Secundum argumentum eſt ex §. 1. in Inſtitut. de Vſucapion. vbi Imperator ita dicit. [*Et ideo conſtitutionem ſuper hoc promulgauimus, qua cautum eſt, vt res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis poſſeſſionem vſucapiantur, & his modis, non ſolum in Italia, ſed etiam in omni terra, quæ Imperio noſtro gubernantur, dominia rerum, iuſta cauſſa poſſeſſionis præcedente, acquirantur.*]

Tertium eſt ex l. vlt. C. de Edicto. D. Hadriani tollendo, & ex l. omnes in fin. C. de Præſcript. longiſſ. tempor. quibus in locis habetur: Ei, qui bona fide præſcripſit, pleniſſimam ſecuritatem ſuper dominio præſtari.

Quartum & poſtremum eſt ex c. inter memoratos. 16. q. 3. vbi dominium præſcriptione acquiſitum appellatur æternum, & ex c. Clerici. ea. q. Vbi propriet. nuncupatur.

Ego in hac difficultate ſic ſtatuo. Primum & ſecundum argumentum prioris ſententiæ, ac poſtremum etiam, nullius eſſe momenti. Nam quòd attinet ad text. in l. Si duo. §. 1. ff. de Iureiur. ſenſus illius loci non eſt ex præſcriptione naſci vtilem actionem, ſed actionem vtilem ei, qui iurauit competere ex Iureiurand. etiam poſt longi temporis præſcriptionem, ſcilicet ab Aduerſario poſſeſſore completam, *vti explicat omnium optimè Duaren. in commen. ad tit. ff. de Iureiur. cap. 5.* Quòd verò attinet ad ſeruitutes, quia non propriè poſſidentur, non mirum videri debet, ſi earum nomine vtilis actio ex præſcriptione quæratur.

Denique quod attinet ad vltimum argumentum, certum eſt illud nil obſtare, quià ius naturale, quo dominium propriæ rei quiſque habet, & quod dictat illud, nemini auferendum, interpretationem ſumit ex alia eiuſdem iuris naturalis ratione, quæ dictat, vt Reip. & Principib. pareamus, & ſic leges præſcriptionem inducentes, obſeruemus, quæ iuſtam ob cauſam & propter publicam vtilitatem conſtitutæ ſunt.

Vna ſupereſt difficultas circa tertium argumentum. Nam cùm antiqui legum interpretes intelligerent, Antiquo rerum Domino, actionem competere ad rem ipſam vindicandam, ex eo ſtatim argumentati ſunt, dominium aliquod eum habere, ſi nō vtile, ſaltem directum: quod verò agere poſſit antiquus rei dominus inde deduxerunt, quoniam leges dicunt, poſſeſſorem aduerſus eum exceptionem præſcriptionis habere; Exceptio enim eſt actionis excluſio, &

ſio, & ſic præſuppoſita exceptione ex parte præſcribentis, præſupponenda eſt etiam actio ex parte Agentis, qui ſcilicet olim rei Dominus erat. Sed iſtud argumentum parum habet ponderis, quia antiquus Dominus etſi agat, & nomine tenus, & de facto rem vendicare tanquam Dominus videatur, attamen re ipſa & de iure Dominus non eſt: quod patet, primò, quia exceptione repellitur ab eo, qui præſcripſit: deinde, quia ita Iure conſtitutum eſt, vt ſi is, qui rem præſcripſit, bona fide poſſeſſio ne cadat rem vendicare poſſit, *vt patet ex d. l. Si quis emptionis. C. de Præſcript. longiſſ. temporis.* Conſequenter non antiquus Domin. ſed ipſe poſſeſſor, rei dominium habet: Quæ cùm ita ſint, haudquaquam opus erat diſtinctione vtilis & directi dominij. Nihil enim intereſt ipſo Iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *l. Nihil intereſt. ff. de Reg. Iur.*

Quare in eam ſententiam deſcendo, quę ſic Vſucapioni fauet, vt ea directum & abſolutum dominium acquiri confirmet.

Capvt LXXI.

Vtrum Iudex teneatur minorem delinquentem leniori pœna afficere, quàm ſit à lege impoſita delicto.

TRactant hanc quæſtionem fusè & accuratè Sfortia Oddus, *de Reſtitut. in Integrum, part. 2. q. 79.* & Antonin. Theſaur. *in nouis Deciſionibus Pedemont. deciſione* 161. Alios tam veteres, quàm recentes authores ipſi referunt, quorum aliqui ad pœnam minuendam delinquentibus, minorib. XXV. annis iudicem obligatum eſſe contendunt, alij verum negant: alij diſtinctionibus quibuſdam vtuntur.

Ego quid ſentiam in hac difficultate, paucis explicabo, ſi prius argumenta vtriuſque ſententiæ tam affirmantis, quàm negantis in medium attulero.

Igitur eorum, qui exiſtimant pœnam eſſe leniendam, argumenta hæc ſunt præcipua. Primum eſt ex l. Auxilium. ff. de Minoribus. in illis verbis. [*Niſi quatenus interdum miſeratio ætatis ad mediocrem pœnam Iudicem perduxerit.*]

Secundum eſt ex l. ferè in omnibus, de Reg. Iur. [*Fere in omnibus pœnalibus iudicijs, ætati & prudentiæ ſuccurritur.*]

Tertium eſt ex l. Si adulterium. §. Fratres. ff. Ad leg. Iul. de Adulterijs. [*Fratres denique Imperatores, Claudio crimen inceſti,*] propter ætatem remiſerunt.

Quartum ex l. vlt. de ſententia Excommunicationis; ibi. [*Propter defectum ætatis, in qua fuit commiſſus exceſſus, rigor manſuetudine temperandus ſit.*]

Poſtremum argumentum eſt huiuſmodi, quia videlicet vbi minor eſt culpa; ibi minori etiam pœnæ locus eſſe debeat: negari verò non poteſt, quin minoris XXV. annis culpa, longè ſit leuior, quàm maioris, propter imprudentiam atque inconſultum calorem, quibus illa ætas magis eſt obnoxia. Igitur lenienda eſſe videtur pœna minoribus delictum committentibus.

Argumenta verò eorum qui contrariam ſententiam amplexi fuere, iſta ſunt præcipua. Primum ex l. Si ex cauſa. §. Nunc videndum. ff. de Minorib. ibi. [*Et placet in delictis Minorib. non ſubueniri.*]

Secundum ex l. Si Minor. 36. ff. ad leg. Iul. de Adult. [*Si minor annis adulterium commiſerit, lege Iulia tenetur.*]

Tertium ex l. Excipiuntur. ff. Ad Senatuſconſultum Syllanianum, ibi. [*Qui verò miniſtri, vel participes cædis fuiſſent, & eius ætatis, quanquam nondum puberis, vt rei intellectum capere poſſent, ijs non magis in cæde Domini, quàm in nulla alia cauſa parci oportere.*]

Quartum eſt ex l. 7. C. de Pœn. vbi text. ita dicit [*Impunitas delicti propter ætatem non debetur.*]

Quintum eſt l. 6. C. Ad leg. Corn. de Sicarijs. ibi. [*Innocentia purgari crimen, non adulta ætate defendi conuenit.*]

Poſtremum argumentum eſt ab Authoritate Conſtantini Harmenopuli, in promptuario Iuris lib. 6. c. 6. [*Qui cædem,* inquit, *mediatè & conſultò fecit, cuiuſcunque ætatis ſit, gladio plectitur, &c.*]

Ego igitur ſic ſtatuo, In Adulterij & Homicidij crimine minori delinquenti, haud-

qua-

quaquam pœnam eſſe minuendam, quoniam huiuſmodi delicta, in ætate adulta potiſſimum committuntur.

Moueor authoritate text. *in d. l. Si minor, 36. ff Ad l. Iul. de Adult. & author. text. in d. l. 6. C. Ad l. Corn. de Sicarijs.* Quod verò ad alia delicta attinet, permagni referre iudico, vtrum ſemel an ſæpiùs minor deliquerit, Vtrum fuerit alias punitus propter delictum commiſſum, nec non, ſitne atrox delictum, vel leue, & an malitia ætatem ſuppleat necne, & denique vtrum ſpes affulgeat aliqua melioris frugis. Equidem ſi de graui crimine agatur, quòd ſæpiùs adultus perpetrauerit, haud ſemel animaduerti capitali ſupplicio affectum fuiſſe, quod & magnopere probo. His ceſſantibus benigniorem ſententiam ſecutus fui.

Denique argumentum nullum video, quo ſententia ſtabiliri poſſit perpetua, per quam Iudices ad mitiorem pœnam adultis delinquentibus infligendam, teneantur. Etſi interdum id eis licere non dubitem, quemadmodum argumenta prioris ſententiæ facilè euincunt; Illud enim argumentum poſtremum, quod ſumitur ex leuitate culpæ, non eſt ſolidum. Nam ſi verbi gratia Adultus hominem occiderit, non is quidem tam grauiter peccat, ac ſi maior eſſet XXV. annis, ſed non propterea efficitur, eum minori pœna afficiendum, quàm hominem occidenti ſit præſcripta: ratio eſt, quia tam grauiter delinquit, vt pœnæ homicidij meritò reus eſſe debeat.

Exemplum eſto: Homicidium eſt maius crimen adulterio, vnde qui hominem occidit, magis peccat, quàm qui Adulterium committit, & tamen vterque capitali pœna dignus eſt. Qui enim minùs grauiter delinquit quàm alter, ita tamen delinquit, vt incidat in pœnam à lege conſtitutam.

Capvt LXXII.

Vtrum minor XXV. annis reſtituendus ſit, aduerſus confeſſionem delicti.

Minorem annis qui confeſſus ſit delictum, de quo conuictus non eſt, aduerſus ſuam confeſſionem eſſe reſtituendum, Angelus exiſtimauit *in l. Certum. §. in Pupillo. ff. de Confeſſis.* quem poſtea ſecuti ſunt alij, *vt Alex. refert in conſ. 115. lib. 3. & Iaſon in l. Nam & poſtea. §. ſi minor. ff. de Iureiurand. & alij paſſim.* Horum argumenta ſunt iſta.

Primum ex d. leg. Certum. §. In pupillo, ibi, [*Minorem à confeſſione ſua reſtituendus.*] Secundum eſt ex eo, quòd minor aduerſus negationem reſtituitur, *vt patet ex l. Si ex cauſa. §. Nunc videndum. ff. de minorib.* Ergo eadem ratione reſtituendus videtur aduerſus confeſſionem. Tertium eſt ex regula generali. Minoribus læſis ſuccurrendum eſſe, *l. Minorib. ff. eodem tit. cum alijs.* ſed hic eſt læſus ex confeſſione, quia delictum non poteſt aliunde probari, ergo reſtituendus eſſe videtur.

Iſtis non obſtantibus contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, quam defendit Franciſcus Sarmientus *lib. 3. ſelectar. interpret. cap.* 13. Moueor authoritate textus in l. Auxilium. ff. de minorib. vbi dicitur, In delictis, minorem non mereri in integrum reſtitutionem, & paulò poſt de eodem minore confitente, ita dicitur: [*Sed et ad legis Iuliæ de adulterijs coercendis percepta veniamus, vtique nulla deprecatio pœnæ eſt, ſi ſe minor annis adulterum fateatur.*] His verbis probatur non eſſe in integrum reſtituendum minorem, aduerſus ſuam confeſſionem, quia ſi reſtituendus eſſet, aliqua certè eſſet pœnæ deprecatio, quia ſcilicet, reſtitueretur aduerſus ſuam confeſſionem, vt pœnam euaderet, niſi aliunde conſtaret eum deliquiſſe.

Confirmatur hæc ſententia: Nam aut verum faſſus eſt minor, aut falſum; aut nobis non conſtat, verum verum aut falſum dixerit. Primo caſu reſtitutionem non meretur, quia iure communi vſus eſt, *l. vltim. C. de in integr. reſt. minor.* tenebatur enim verum dicere. Secundo caſu reſtituendus eſt, ſi de errore ſuæ confeſſionis doceat, *l. 1. §. Si quis vltrò. ff. de quæſt.* Tertio caſu eſt indignus reſtitutione, quia non eſt præſumendum; quòd mentitus fuerit contra ſe, ſi modò ſit ſanæ mentis, & intelligat rem, de qua igitur, vt ſolent adulti.

Ad primum argumentum contrariæ ſen-

nus ait: [*Ita demum poſſeßionem eſſe legitimam, cum omnium aduerſariorum ſilentio & taciturnitate firmatur. Interpellatione vero (inquit) & controuerſia progreſſa, non poſſe eum intelligi poſſeſſorem, qui licet poſſeßionem corpore teneat, tamen ex interpoſita conteſtatione, & cauſa in iudiciũ deducta, ſuper iure poſſeßionis vacillet, ac dubitet.*] Secundo, ex l. Fiſcus. 38. ff. de iure fiſci. Tertio, ex l. Sed & ſi lege. §. Si ante. ff. de petit. hæredit. vbi Iuriſconſultus ita dicit: [*Quoniam poſt litis conteſtationem omnes incipiunt malæ fidei poſſeſſores eſſe.*] Et paulo infra idem ſæpius repetit.

Si dicatur id non procedere, quando poſt litem conteſtatam perempta eſt inſtantia, quia poſſeſſor credere poteſt petitorem, qui deſeruit inſtantiam nullum ius habere. Reſpondeo, id non obſtare, quia etiam inſtantia perempta, durat effectus malæ fidei, quæ per litis conteſtationem inducitur, quod probatur tum argumento d. l. 1. C. de præſcript. long. temp. tum ea ratione, quod poſſeſſor credere poteſt actorem deſtitiſſe eam ob cauſſam, quod ab alijs forte negotijs eſſet impeditus, *vt in l. vlt. C. de Præſcript. longißimi tem*. 30. *vel* 40. *anno.* & ſi ſuo iuri confidebat, actore ceſſante, debebat ipſe poſſeſſor ac reus inſtare, vt cauſſa impediretur, *iuxta l. Properandum. §. Et ſi quidem. C. de Iudiciis.*

Ad primum argumentũ contrariæ ſententiæ reſpondeo, lite mortua ſeu perempta inſtantia, omnia extingui, quæ pertinent ad litis ordinationem, *ita loquitur text. in d. l. Cum lite mortua.* Cęterum effectus malæ fidei, qui iam per litis conteſtationem inductus eſt, non tollitur, etſi perempta ſit inſtantia.

Ad ſecundum reſpondeo, non probari quod aſſumitur in argumento, nempe per litis conteſtationem, malam fidem non induci quantum ad effectum, de quo loquimur, nempe vt poſſeſſor fructus ſuos faciat. Nam quod dicitur in l. 2. §. vltim. ff. pro emptore, id non pertinet ad factum, ſed ad ius, hoc eſt, ad vſucapionem pertinet, nõ autem ad fructuum perceptionem: Inter hæc autem latum eſt diſcrimen, quia in percipiendis fructibus, quælibet momenta temporis ſpectamus, in vſucapionẽ autem initium, *l. Bona fidei. §. in contrarium. l. qui bona fide. ff. de acquir. rer. domin.* Quod vero dicitur, Non ſolere ex litis conteſtatione ius litigatorum deterius effici, l. Non ſolet, ad rem noſtram non pertinet, ſed alio, quia per litis conteſtationem actio perpetuatur, & multa alia ſequuntur commoda, *vt declarant gloſſ. & Doct. in d. l. non ſolet.* Sed quantum ad malam fidem, fit poſſeſſoris conditio deterior, vt dictum eſt, quia ſcilicet, incipit dici malæ fidei. Neque vero nos dicimus poſſeſſorem debuiſſe ius ſuum indefenſum relinquere, aut ſtatim actori rem tradere: ſed dicimus ex litis conteſtatione effici malæ fidei poſſeſſorem, quia iam de ſuo iure dubitare ac vacillare incipit.

Quod poſtremo dicebatur, textum *in l. 1. C. de præſcript. longi tempor.* non loqui, quando litis inſtantia eſt perempta, nihil mouere debet: tum quia loquitur, quando lis incepta fuit omiſſa, quod poteſt fieri etiã lapſu totius temporis inſtantiæ præfixo, imo loquitur textus, vbi tempus longum præterijt, tum quia eſt eadem ratio, ac ſi perempta eſſet inſtantia, vt patet.

Capvt LXI.

Quomodo ſit accipiendum, quod dicitur, neminem eſſe cogendum ſtare pacto de litigando coram iudice non ſuo, ad interpretationem l. Si conuenerit, ff. de iuriſdict. om. iud. & l. pen. Cod. de pactis.

Aphricanus ait: [*Si cõuenerit, vt alius prætorquam cuius iuriſdictio eſſet, ius diceret, & priuſquam adiretur, mutata voluntas fuerit, proculdubio nemo compelletur eiuſcemodi conuentioni ſtare.*] l. Si conuenerit, ff. de iuriſdict. omnium iudicum, &c.

Contra, Iuſtinianus in l. penult. C. de Pactis: [*Si quis in conſcribendo inſtrumento, ſeſe confeſſus fuerit non vſurum fori præſcriptione, &c. Sancimus nemini licere aduerſus ſua pacta venire, & contrahentes decipere, &c.*]

Reſpondent Bartol. & alij veteres communi-

muniter Imperatorem loqui, cum quis iure communi ſubiectus eſt iuriſdictioni alicuius, ſed ex ſpeciali priuilegio eam iuriſdictionem declinare poteſt: tunc cogitur pacto eiuſcemodi ſtare, quia facile res reuertitur ad ius priſtinum, *l. ſi vnus. §. Pactus ne peteret, ff. de pactis.* Aphricanum vero loqui, cum de iure communi quis non eſt ſubiectus eius magiſtratus imperio, cui pacto ſe ſubijcit: tunc non eſt cogendus pacto ſtare.

Sed obſtat, quod ratio Iuriſconſulti nulla ſit alia, niſi quod illud pactum nudum ſit, & ideo nullam producat obligationem, *l. Iuris gentium. §. Igitur nuda, ff. de pact.* quæ ratio locum habet etiam in alia ſpecie, de qua Imperator loquitur.

Secunda eſt ſolutio Decij *in d. l. penult. n. 8. & in c. 1. de iud. colum.* 10. Imperatorem loqui, vbi is, qui renunciauit præſcriptioni fori, voluntatem ſuam mutat altero inuito: Iuriſconſultum vero, quando vtraque pars conſentit.

Non recte meo iudicio, quia nullũ verbum eſt in d. l. Si conueuerit, quo ſignificetur vtriuſque partis conſenſus.

Tertia eſt ſolutio vera, vt mihi videtur, quam attulit Antonius Goueanus *in commentarius d. l. Si conuenerit.* & Iacobus Cuiac. *ad Aphricanum tract.* 7. legem Aphricani capiendam eſſe de pacto nudo, Iuſtiniani vero legem de pacto cõtractui adiecto, quod propterea nudum non eſt, & obligationẽ parit: Id patet ex verbis Iuſtiniani. Sic enim ait: [*Si quis in conſcribendo inſtrumento ſeſe confeſſus fuerit, non vſurũ fori præſcriptione, &c.*] Et rurſus: [*Sancimus nemini licere aduerſus pacta ſua venire & contrahentes decipere.*] Hæc verba oſtendunt pactum in ipſo inſtrumento cõtractus, ſeu in ipſo contractu, vel incontinenti poſt, adiectũ fuiſſe. Porro pacta huiuſcemodi, quæ contractibus adijciuntur ineſſe contractui & obligationem parere notiſſimum eſt ex *l. in bonæ fidei. C. de pactis, & ex aliis locis.* Et hæc ſententia magis placet quam Duareni *ad tit. de Iuriſdict. cap. 6.* exiſtimantis Aphricanum à Iuſtiniano corrigi. Cum nullum verbum in lege Iuſtiniani reperiatur, vnde colligi poſſit ea correctio. Quod igitur non mutatur, cur ſtare prohibetur? *l. Præcip. C. de appell.*

Sed controuerſia eſt, an & eo caſu locũ obtineat Aphricani ſententia, quo iureiur. pactum eſt firmatum. Affirmant Antonius Butrius Abbas & Decius *in c. 1. nu. 23. de iud.* eo argumento, quod iuramẽtum ſequatur naturam principalis obligationis, *l. vlt. ff. qui ſatisd. cog. l. vlt. C. de non nu. pecu.*

Sed contraria ſententia mihi verior videtur, quæ & cõmunior eſt, *vt patet ex Couar. in c. quamuis. de Pactis, lib. 6. in part. §. 4. n. 7. & ex Seraphino, priuil. 74. n. 165.* Moueor eo argumento, quod iuramentum obligat iurãtem poſthabitis Iuris ciuilis regulis, vt in c. Cum contingat, de iureiur. Quare cum obligetur iurans, cogetur & iuramento ſtare, nec ab ea pactione poterit recedere. Nõ obſtat argumentum, quia vt alias dictum eſt, quod attinet ad vim obligandi iurantẽ, non inſpicitur natura principalis obligationis. Nam etſi illa non oriatur, & contractus non obliget, & improbetur iure ciuili, iuramentum tamen ſuam producit obligationem, *vt in d. c. Cum contingat.*

CAPVT LXII.

Vtrum ex ſententia iudicis, dominium transferatur.

VAriæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima eſt Accurſij *in §. vlt. in Inſtit. de officio Iudicis.* Alexandri *in l. Pomponius. § ſi iuſſus, n. 9. & 10. ff. de Acquir. poſſ.* & aliorum, *quos commemorat Iaſ. in l. Ex hoc Iure. n. 44. ff. de Iuſt. & Iur.* dominium tranſferri per ſententiam.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex d. §. vlt. in Inſt. de offic. Iud. in illis verbis: [*Quod autem in iſtis Iudiciis alicui adiudicatum fuerit, id ſtatim eius fit cui adiudicatum fuit.*]

Secundum, ex l. Statu liberi à cæteris. §. Quintus, ff. de ſtatu liberis, in illis verbis: [*Sed veriſſimum eſt, quod & Ariſto Cælius ſcripſit, poſſe dari pecuniam hæredi ab inteſtato, ſecundum quem ſententia dicta eſt, quoniam lex XII. Tabul. emptionis verbo omnẽ alienationẽ complexa videtur, nec intereſſe quo genere quiſq; dominus fieret.*]

Tertium eſt ex l. 3. §. Item quæri poteſt ff. de

ff. de reb.eorum,&c. in illis verbis: [*Idemq; erit dicendum, etſi fundus petitus ſit, qui pupilli fuit, & contra pupillum pronunciatum, Tutoreſq; reſtituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.*]

Quartum argumentum. Factum à Iudice, reputatur factum ab ipſa parte, *l. ſi ob cauſam. C. de Euictio.* Sed ſi pars condemnata rem traderet, ex iuſta cauſa transferret dominium, ergo & per ſententiam iudicis transfertur.

Poſtremum argumentum. Ex cauſis, quibus à non domino re tradita vſucapiendi conditio acquiritur, ſi res à domino tradatur, dominium acquiritur, *l. Clambus. ff. de contrahen.empt.* Sed vſucapiendi conditio acquiritur, ſi per ſententiam Iudicis, res adiudicetur, *l. ſi per errorem, ff. de vſucap. l. Pomponius, § ſi iuſſu. ff. de acquir. poſſeſſ.* Ergo ſi res adiudicetur, eius, qui ſit dominus, transfertur dominium.

Secunda eſt ſententia gloſſ. *in l. exceptio. ff. de exceptione rei iud.* Petri, Cyni, Raynerij, & aliorum *à Iaſone relatorum in d. l. ex hoc iure, n. 44. ff. de iuſt. & iur.* non transferri dominium per ſententiam.

Fundamentum eſt, quia cum per ſententiam res mea tibi adiudicatur, eo prætextu, quod ſit tua, ibi proculdubio error interuenit. Error autem dominij translationem impedire ſolet, *l. 3. §. ſubtilius. ff. de condict. cauſa data.* Si vero nullus error interueniat, ſed res tua ſit, dominium per ſententiam transferri non poteſt, tum quia illud iam habes, *§. Sic itaque diſcretis. Inſtit. de action.* tum quia ſententia declarat dominium ad te pertinere, & ad hoc tendit actio inſtituta, non autem illud transfert, *l. & ex diuerſo. § 1. ff. de rei vendic. l. Pomponius. §. ſed & ii. ff. de procurat. l. Sicuti. § ſi quæratur. ff. ſi ſeruitus vendicetur.*

Tertia eſt ſententia Bart. *in d. l. ex hoc iure.* in actione perſonali, dominium transferri per ſententiam, ſi ad hoc illa tendat, vna cum actione inſtituta: in reali vero non transferri, ſi ſecundum reum proferatur: Cæterum, ſi pro Actore, qui dominus non ſit, transferri.

Quarta eſt ſententia Hoſtienſis & Ioan. Andr. *in c. Propoſuit, de conceſſ. præbend.* Per ſententiam Iudicis dominium transferri in iudicijs vniuerſalibus, ſecus in particularibus.

Ego vero priorem ſententiam magis probo, ſi modo, & ſententia & actio inſtituta in eum finem tendant, vt dominium transferatur, ſicuti dicebat Bartol. & moueor authoritate d. §. vlt. in inſtit. de offic. iudicis, & deinde hac ratione, quod ſententia videtur eſſe iuſta cauſa, per quam traditione ſecuta, dominium transferatur. Quæ vero in contrarium adferuntur, locum ſibi vendicare poſſunt in eo caſu, quo, vel error admittitur, vel ſententia & actio inſtituta, ad alium finem tendunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum leges, qui præſcriptionem inducunt cum mala fide, Iure Canonico ſint correcta.

VAriæ atque diſſidentes ſunt Doctorum ſententiæ circa leges, quibus præſcriptio inducitur, mala fide non obſtante, an & quomodo ſint iure Canonico ſublatæ.

Ac prima quidem opinio eſt gloſſ. *in cap. vlt. de præſcript.* necnon Practici Papienſ. *in forma reſponſionis rei conuenti, in verb. Præſcriptionis.* Iure Canonico ſublatas non eſſe, ſed ſeruandas in foro ac iuriſdictione Cæſaris, Canones vero in foro Pontificis.

Et fundamẽtum eſt, quod text. *in d. c. vlt. de præſcript.* leges ciuiles non corrigat, ſed tãtum dicat: nullã præſcriptionem cum mala fide valere, ſiue Canonicam ſiue Ciuilem. Quorum verborum ſenſus eſſe videtur, ſiue de re temporali agatur, ſiue de re ſpirituali & eccleſiaſtica, nullam iure Canonico, atque in foro ipſo eccleſiaſtico, valere præſcriptionem cum mala fide.

Sed reijcitur communiter hæc interpretatio, quia ſenſus dictorum verborum longe eſt diuerſus. Quod enim ait S. Pontifex: [*Definimus, vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio, tam Canonica, quam Ciuilis.*] nihil aliud ſignificat, niſi omnem præſcrip-

tam à lege Ciuili inductam, quàm à ſacris ipſis Canonibus, corruere, & nullius eſſe momenti, propter malam fidem.

Secunda eſt ſententia Hoſtienſ. *in ſumma, de præſcript. tit. quæ res præſcribi poſſunt, col.* 1. *verſ. actiones verò perſonales*, & Bart. *in l. ſequitur.* §. *ſi viam, ff. de vſucap.* Præſcriptionem quidem rerum cum mala fide non procedere, ſecùs in præſcriptione actionum.

Et fundamentum eſt, quia S. Pontifex, dum ſtatuit præſcriptionem cum mala fide non valere, ſemper loquitur de poſſeſſore rei alienæ. Id patet ex c. poſſeſſor malæ fidei, de reg. iur. lib. 6. & ex d. c. vltim. de præſcript. ibi, [*Oportet, vt qui præſcribit, in nulla temporis parte rei conſcientiam habeat alienæ.*] Quam ob rem leges, quæ de actionum præſcriptione loquuntur, eamque per longiſſimum tempus inducunt, non videntur eſſe ſublatæ.

Sed obſtant huic expoſitioni illa verba d. c. vlt. [*Nulla valeat abſque bona fide præſcriptio.*] & rurſus obſtat ratio qua mouetur S. Pontifex: Quòd, videlicet, omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, &c.

Tertia eſt ſententia Panorm. *in d. cap. vltim. de præſcript.* leges ciuiles præſcriptionem cum mala fide inducentes, in actionibus perſonalibus ſublatas non eſſe, eo in caſu, quo debitor non eſt in mora ſoluendi, nec offerre tenetur creditori debitam pecuniam. Nam ſi non fuerit ab eo petita, is videtur ſe præſcriptione tueri poſſe, eamque præſcriptionem non tam ex mala fide procedere, quàm ex negligentia creditoris non petentis.

Verùm obſtat & huic ſententiæ, quòd, licet creditor ſit negligens, debitor tamen ſcit ſe obligatum eſſe, conſequenter ſi poſt longiſſimum tempus ab eo petatur debita pecunia, non poteſt ſe præſcriptione tueri, quia eſt in mala fide.

Quarta eſt ſententia nonnullorum *quos Couarruuias refert in cap. Poſſeſſor malæ fidei, in 2. parte.* §. 11. Leges correctas non eſſe, de quibus dictum eſt, quantum attinet ad forum externum, ſecùs verò, quod attinet ad forum internum ipſius animæ & conſcientiæ. Sed cùm dicat S. Pontif. nullam præſcriptionem valere, vbi mala fides adeſt, tam Canonicam, quàm Ciuilem, ſequitur vt neque in foro externo rectè obijci poſſit, aut aliqua eius ratio haberi debeat, ſecundùm tritam regulam. Non præſtat impedimentum, quod de iure non ſortitur effectum, præſertim, quia S. Pontif. derogat omni legi & conſuetudini, quę abſque peccato mortali obſeruari non poteſt, qualem proculdubio ibi exiſtimat eſſe legem & conſtitutionem, quę abſque bona fide pręſcriptionem inducit.

Quinta & poſtrema eſt opinio, vera & communis, vſu etiam recepta, Omnes leges & conſtitutiones, quæ præſcriptionem abſque bona fide inducunt, Iure Canonico ſublatas & correctas eſſe, ſiue pertineant ad actiones reales, ſiue perſonales, & ſiue agatur de foro interno, ſiue externo. *Ita docent Ancharanus & Francus in d. c. poſſeſſor malæ fidei. Imola & Felin. in d. c. vltim. Baldus de præſcript. in 2. parte 3. partis princ. quæſt. 13. & alij quos refert & ſequitur Couuarr. loco nuperrimè citato. Nec non Anton. Gabriel. commun. concluſ. tit. de præſcript. concluſ. 3. num. 3.*

Probatur hæc ſententia hoc argumento. Si Pontifex omnes leges prædictas tollere & corrigere potuit, & voluit. Ergo ſublatæ & correctæ eſſe cenſentur, quoniam ex poteſtate & voluntate, vt dicebat Ariſtoteles, actiones humanæ perfectionem accipiunt. Potuiſſe S. Pontificem, nemini dubium eſt, quia hic agitur de peccato, qua quidem in re propter animæ ſalutem, ſummam habet poteſtatem decernendi ac ſtatuendi, *vt in cap. Nouit, de Iudicijs.* Voluiſſe autem, negari non poteſt; quia hoc expreſsè habetur in d. c. vltim. de præſcript. & alibi: Vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio, tam Canonica, quàm Ciuilis, quoniam omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, inquit S. Pontifex: [*Et generaliter omni conſtitutioni & conſuetudini derogandum ſit, quæ abſque mortali peccato obſeruari non poteſt.*] Vnde ſic argumentatur S. Pontifex: Omni conſtitutioni eſt derogandum, quæ ſeruari non poteſt abſque peccato mortali. Sed præſcriptio ſine bona fide, peccatum continet, ac nutrit, quia omne, quod non

eſt ex fide, peccatum eſt. Ergo legibus & conſtitutionibus, quæ illam admittunt & probant derogandum eſt, quia ſine peccato obſeruari non poſſunt. Et tantum ſufficit de iſta controuerſia.

CAPVT LXIV.

Vtrum præſcriptione completa bona fide, ſi is qui præſcripſit, cognouerit rem eſſe alienam, teneatur in foro conſcientiæ eam reſtituere domino ſuo.

DOctiſſimus vir Alciatus in libello de quinque pedum præſcript. exiſtimauit, præſcriptionem in foro conſcientiæ locum non habere, & ideo poſſeſſorem teneri, ſi cognouerit rem alienam eſſe, domino reſtituere. Idem docuerunt nonnulli Theologi, *quos commemorat Couuarr. in c. Poſſeſſor malæ fidei, in 3. part. §. 2.* & horum omnium illud eſt fundamentum, quòd in foro conſcientiæ ceſſar ratio præſcriptionis, vt litium aliquando finis eſſet, & ſi quæ alia ratio adfertur, in eoque maximè bona fides vigeat, quam quilibet Chriſtianus agnoſcere debet, & vltrò rem ad dominum deferre. Quibuſcunque enim verbis lex loquatur, iubeat, fingat, præſumat, nunquam naturalem illam iuſtitiam abolere poteſt, in qua cardo omnis, fundamentumque Euangelicæ veritatis reſidet. *Idem docuit Gregorius Syntagmat. iuris lib. 4. cap. 8. num. 4.*

Sed contraria ſententia, quæ crebriori calculo, tum Theologorum, tum Iuriſconſultorum eſt recepta, mihi quoque magis probatur. *Ita enim docuerunt Tiraquellus poſt alios de Præſcript. §. 1. gloſſ. 2. Couuarr. loco ſuprà citato. Franciſcus Sarmient. l. 2. ſelectar. interpretationum, cap. 10. & Alciatus ſibi parum conſtans ad rubr. de præſcript. num. 13.*

Fundamentum eſt præclarum ac ſolidum, quia qui præſcripſit bona fide, iam dominium acquiſiuit rei alienæ, conſequenter eam alteri reſtituere non tenetur, quia non alterius, ſed ipſius, qui præſcripſit eſt. Abſurdum verò eſt exiſtimare, præſcriptiones, quæ ſacris Canonibus receptæ ſunt, vimque habent in foro externo, ac poſſeſſorem tuentur, in interiori conſcientiæ foro locum non habere. Sic enim ſequeretur eum peccare, qui ſacris Canonum conſtitutionibus innititur, quo nihil eſt à veritate magis alienum *c. qui peccat. 23. quæſt. 4.* Præſertim cùm in hac ipſa præſcriptionis materia, magnopere ſacri canones inuigilarint, ne aliquod peccatum inducatur, *vt in c. vltim. de præſcript. & alibi.*

Quòd verò dicebatur, in foro animæ interiori, eam rationem non habere locum, cui præſcriptionis leges innituntur, nec poſſe leges rationem naturalem tollere, quæ dictat rem reſtituendam domino, nihil mouere debet, quia iuſtas ob cauſas inducta eſt præſcriptio, ideoque valet & obtinet, etiam in foro conſcientiæ, ſicut & aliæ leges, quibus ex iuſtis cauſis decernitur, dominio rei ſuæ aliquem priuari poſſe, & ratio illa naturalis iuſtas ob cauſas temperari à legiſlatore poteſt in aliquibus caſibus, *ſicuti conſtat ex notatis in c. quæ in Eccleſiarum, de conſtitutionibus, & alibi.*

CAPVT LXV.

Vtrum is, qui dubitat, an res ſua ſit, vel aliena, poſſit præſcribere.

SI poſſeſſor ab initio dubitauerit, an res ſit ſua, vel aliena, inter omnes conſtat, eum præſcribere non poſſe.

Cæterùm, ſi ab initio bonam fidem habuerit, & poſtmodum dubitare inceperit, Vtrum poſſit iure præſcribere & vſucapere rem alienam, aliqua eſt inter Doctores controuerſia. Etenim præſcribere non poſſe talem poſſidentem, opinati ſunt Anton. Butr. *in c. vlt. de præſcript.* & Dom. Sot. *de Iuſt. & Iur. lib. 4. art. 4. quæſt. 4.*

Fundamentum eſt illud, quòd præſcriptio requirat bonam fidem, dubitans verò, in bona fide eſſe non videatur, imò verò non procul eſſe à peccato, quandoquidem is, qui dubitat, an id quod facit, ſit peccatum, in peccatum incidit, iuxta ſententiam illam; Qui amat periculum, peribit in illo,

vt ha-

vt habetur in c. Literas, de Reſtitutione ſpoliator. & in c. In præſentia, de ſponſal.

Sed contrariam ſententiam & communiorem & veriorem eſſe iudico. *Eam ſecuti fuere Panorm. Imola. & Felin. in d. c. vltim. Baldus de præſcript. in 2. part. 3. partis princip. q. 2. Couarr. ad c. Poſſeſſor malæ fidei. in 2. part. §. 7. de reg. iur. lib. 6. Franciſc. Sarmient. ſelectarum interpretationum, lib. 2. cap. 10.*

Probatur hæc ſententia ex dicto, cap. vltimo. Si principium cum fine iungatur. Sic enim ait in principio. [*Definimus, vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio* (ſed in ſpecie noſtra poſſeſſor bonam fidem habet) ſequitur deinde textus: *Itaque oportet, vt qui præſcribit, in nulla temporis parte, rei habeat conſcientiam alienæ.*] Sed poſſeſſor in quæſtione propoſita non habet conſcientiam rei alienæ, qui enim dubitat, non dicitur habere ſcientiam, *ſicuti declarat optimè Bartol. in l. Admonendi, num. 18. ff. de iureiur.* Igitur præſcribere poterit.

Dubium autem eſt duplex, alterum ſpeculatiuum, vt vocant, alterum practicum. Speculatiuum, cum quiſpiam dubitat, an res ſit ſua vel aliena. Practicum verò cùm dubitat, an poſſit illam retinere ſine peccato.

Priori dubio implicitus, non eſt in mala fide, neque peccat, quia licet dubitet, An ſua ſit res, vel aliena, credere tamen poteſt, ſe iuſtè eam poſſidere, ac retinere poſſe, donec cognouerit alienam eſſe.

Poſteriori verò dubio inuolutus, peccat, ſecundum illud habent locum argumenta prioris ſententiæ.

Cæterùm non de poſteriori hoc practico dubio, ſed de priori ſpeculatiuo, communis, & noſtra hæc ſententia eſt accipienda. *Vide etiam de hac re Vaſq. controuerſ. illuſtr. lib. 2. cap. 77.*

CAPVT LXVI.

Vtrum mala fides Authoris noceat bonæ fidei ſucceſſori, quo minus præſcribere poſſit, ſeu vſucapere rem alienam.

HÆc res partim Iure definita eſt, partim controuerſa, in ſucceſſore quidem ſingulari definita eſt ex Authent. Malę fidei. C. de præſcript. longi temporis. Cæterùm in vniuerſali ſucceſſore, qualis eſt hæres, dubia eſt & controuerſa, *vti videre licet ex Panormit. Felin. & alijs Doctoribus, in cap. ſi diligenti, de præſcript. ex Dino in regul. Poſſeſſor malæ fidei, de regulis Iuris, libro ſexto, & ex Didac. Couuarr. eodem in loco, in ſecunda parte Relection. §. 9.*

Ego verò in eorum ſententiam magis deſcendo, qui hæredem negant præſcribere poſſe, quamuis ſit in bona fide, ſi defunctus, cui ſucceſſit, malam fidem habuerit.

Moueor inprimis authoritate text. in l. Cum hæres. ff. de diuerſ. tempor. præſcript. vbi Iuriſconſultus ita dicit: [*Cùm hæres*, inquit Papinian. *in ius omne defuncti ſuccedat, ignoratione ſua, defuncti vitia non excludit, veluti cum ſciens alienum, vel precario poſſedit, quamuis enim precarium hæredem ignorantem non teneat, tamen vſucapere non poterit, quod defunctus non potuit.*]

Secundò, authoritate text. in l. Nec vſusfructuarium. C. de vſufructu. [*Nec vſufructuarium*, inquit textus, *ad obtinendam proprietatem rerum, quorum vſumfructum habet, neque ſucceſſores eius, vlla temporis ex ea cauſa tenentes præſcriptio munit.*

Tertiò, ex Iuris Canonici regula, quæ habet; Hęredem obligari ad exonerandam defuncti conſcientiam, *vt vulgò dicitur. c. vltim. de ſepultur. cap. in litteris, de Raptor. cap. Tuanos, de Vſuris. c. ſi Epiſcopum. 16. quæſt. 6.* Si ergo defunctus malam fidem habuit, quippe qui ſciebat rem alienam eſſe, tenebatur rem domino reſtituere, ſi non reſtituit, & ad hæredem ea res peruenit, is tenetur exonerare eius conſcientiam, & ſic domino rem reſtituere non autem vſucapione ſuam facere.

Fundamentum contrariæ ſententiæ infirmum eſt, nec magno labore opus eſt in eo refutando. Eſt enim in eo poſitum, quod hæres ſit in bona fide. Concedo. Qui eſt in bona fide, præſcribere poteſt. Concedo. Ergo hæres præſcribere poteſt. Nego,

quia minor propoſitio in vniuerſum vera non eſt, excipiendus eſt enim ille caſus, quo quis in vitia defuncti ſuccedit. Etſi enim bonam fidem habeat, vitia defuncti non excludit, neque præſcribere poteſt, quod defunctus non potuit, *d. l. Cum hæres.* Non ignoro Vaſquium *lib. 2. controuerſ. Illuſtrium cap. 73.* aliter docuiſſe, ſed eius argumentis alio in loco ſatisfaciam, *lib. 10. Controuerſ. cap. vltim.*

CAPVT LXVII.

Quomodo ſit accipiendum, quòd vulgo receptum eſt, ac dici ſolet: poſt longiſſimum tempus, malam fidem allegari non poſſe contra poſſeſſorem: & an ſit verum.

MALAM fidem aduerſus poſſeſſorem longiſſimi temporis, allegari non poſſe docuit Bart. *in l. vlt. C. Vnde vi:* illius textus authoritate adductus, nimirum propter illa verba in fine poſita: [*Si non ex die, ex quo poſſeſſio detenta eſt, triginta annorum exceſſerint curricula.*] Bartolum ſecuti ſunt alij vt teſtatur Couuarr. *ad c. poſſeſſor malæ fidei; de reg. Iur. lib. 6. in 2. parte. §. 8. num. 3.*

Iam controuertitur, quomodo id accipiendum ſit. Prima eſt ſententia Cornei, *in conſil. 207. colum. 21. lib. 3.* quem refert & ſequitur Crauetta *in conſil. 146. num. 5.* accipiendum eſſe illud dictum, quò ad effectum d. l. vltim. C. vnde vi. cum enim ea lege caueatur, vt nemo poſſit abſentis poſſeſſoris poſſeſſionem inuadere, ac inuadens eam reſtituere teneatur, ea allegatione reiecta, quòd per ignorantiam ſe alienam rem occupaſſe dicat, dùm propriam eſſe putaret, excipitur ille caſus, quo ex die occupationis triginta anni effluxerint, conſequenter, quod ad eam ſpeciem attinet, malæ fidei præſumptio ex lapſu triginta annorum ceſſat.

Verùm obſtat huic interpretationi, quòd ſi in ea ſpecie d. l. vltim. ita ſtatuendum eſt nil proponi videtur, cur & in alijs ſimilibus idem ſtatuendum non ſit, nam vt Iulianus dicebat, non poſſunt omnes articuli ſingulatim, aut legibus, aut Senatuſconſultis comprehendi, ſed cum in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt, is, qui iuriſdictioni præeſt ad ſimilia procedere, atque ita ius dicere debet. *l. non poſſunt. ff. de legibus.*

Secunda eſt opinio eiuſdem Crauettæ *in d. conſil. 146. numer. 6.* quem ſecutus eſt Hippol. Rimin. *in conſil. 249. lib. 3.* Communem illam aſſertionem intelligendam eſſe, vt locum habeat inſpecto Iure Ciuili. Cæterùm Iure Canonico nequaquam vera eſt, quoniam omnis præſcriptio, etiam longiſſimi temporis, Iure Canonico ſublata eſt abſque bona fide.

Sed obſtat illud, quod licet Iure Canonico ita conſtitutum ſit, non tamen eſt ſublata communis aſſertio, de qua loquimur, nempe poſt longiſſimum tempus malam fidem non præſumi.

Tertia eſt ſententia eiuſdem Crauettæ, & Riminaldi *locis annotatis*, & ante eos Aretini *in conſil. 154.* adhibendam eſſe diſtinctionem inter malam fidem veram, & præſumptam. Mala fides vera ſemper allegari poteſt, ſemperque præſcriptionem infirmat, præſumpta verò nequaquam. Quare ſi quis probet rei alienæ poſſeſſorem, etiam longiſſimi temporis, reuera non ignoraſſe rem alienam eſſe, exceptio malæ fidei obtinebit, & impediet præſcriptionem. Cæterùm ſi hoc objiciatur longiſſimi temporis poſſeſſori, quòd præſumatur eſſe in mala fide, rem alienam non ignoraſſe, quodque credere debuerit, quod ſuum non erat, ad alios pertinere, iſthæc allegatio & exceptio nihil oberit, quia vires non habet poſt longiſſimum tempus elapſum.

Ego verò longè diuerſam ab his opinionem habeo: Nam quod attinet ad l. vlt. C. vnde vi; nihil illa aliud docet, niſi Poſſeſſorem rem, quam occupauit, reſtituere oportere, niſi triginta annorum curricula exceſſerint. Verba textus ſic habent: [*His videlicet, quæ ſuper recipienda poſſeſſione à nobis diſpoſita ſunt, locum habentibus, ſi non ex die, ex quo poſſeſſio detenta eſt, triginta annorum exceſſerint curricula.*] Hic de præſumenda, vel non præſu-

præſumenda mala fide poſt longiſſimum tempus, deque poteſtate eam allegandi, vel non allegandi nullum verbum animaduerto. Supra quidem Imperator dixit, [*Ridiculum etenim eſt dicere, vel audire, quod per ignorantiam, alienam rem aliquis, quaſi propriam occupauerit: omnes autem ſcire debent, quod ſuum non eſt, hoc ad alios modis omnibus pertinere.*]

Cæterum hæc allegatio, hæc præſumptio, hæc obiectio, non tollitur ex lapſu longiſſimi temporis, quoniam & poſt longiſſimum tempus mala fides poſſeſſoris durat qui alienam rem occupauit, ſed tollitur condictio ex illa lege, ſicut & omnes aliæ actiones regulariter per triginta annorum ſpacium tolluntur, mala fide poſſeſſoris non obſtante, *vt in l. Omnes, & in l. Sicut. C. de Praeſcript. longiſſimi temporis.* Quod vero dicitur de mala fide præſumpta, nihil eſt, quia bona fides præſumitur in poſſeſſore, vt notum eſt, conſequenter etiam ante longiſſimum tempus, malæ fidei præſumptio ceſſat, & qui dicit poſſeſſorem malæ fidei eſſe, id probare debet: leges ſunt hac de re claræ & notiſſimæ. Quare ſic ſtatuo, bona tantorum Patrum venia: huius communis aſſertionis fundamentum nullum eſſe, ac proinde quomodo accipienda ſit, ſuperuacaneam eſſe indagationem.

Capvt LXVIII.

Vtrum ſtatutum Ciuitatis quo cauetur, vt niſi intra certum tempus Creditor petierit debitum, excludatur, valeat, & ſeruandum ſit?

Variæ ac inter ſe diſſidentes ſunt Doctorum ſententiæ de ſtatutis, quæ in Italia potiſſimum multis in locis vigent, & quibus ita cauetur, vt niſi intra certum tempus creditor ſibi debitum petierit, excludatur à Iure ſuo, an valeant & ſeruanda ſint. Nam valere ac ſeruanda eſſe in pœnam negligentis Creditoris Bartol. exiſtimauit, *in l. Sequutus. §. Si viam. ff. de Vſucap.* & cum eo multi alij, *quos commemorat Ant. Gabr. commu. concl. tit. de præſcript. concl. 4.*

Cæterum non valere huiuſcemodi ſtatuta, quia peccatum inducere videantur, propter malam debitoris fidem, reſponderunt Ioan. Andr. & Ancharan. *in cap. 2. de Except. lib. 6.* & multi alij *à Gabriele citati loco annotato.*

Alij diſtinctione hac vtuntur, vt ſi quidem ſtatuti verba ad debitorem referantur, non valeant, ſi ad Creditorem valeant. *Ita Caſtren. in d. §. Si viam.*

Sunt & qui diſtinguant, vtrum debitum ſit iuratum, necne, vt primo caſu non valeant, ſecundo autem caſu valeant. Ita Angel. Rom. & Iaſ. *l. Nam & poſtea. §. Si is qui temporali. ff. de Iureiur.*

Alij, vtrum ſtatutum creditorem excludat à Iure ſuo, an vero debiti probationem infringat: priore caſu illud non valere docent, poſteriore caſu valere exiſtimant. *Ita Alex. in conſ. 170. lib. 7. Socin. ſen. in conſil. 120. numer. 19. libr. 1. Ant. Gabr. commun. conclu. tit. de Statutis, concl. 11. numero 12. Hieron. Gabriel. in conſ. 4.*

Alij denique ſtatutum valere quatenus debiti probationem infringit, putant, ſi modo iuſta ratione id fiat: alias ſecus. *Ioan. Andr. in Addit. ad Specul. titul. de Inſtrum. edit. §. compendioſe. ſuper verbo, ſed nunquid. verſicul. ſed conuerſo caſu. Anton. Butr. & Abbas, in cap. 2. de Probation.* Ego vero omnem hanc controuerſiam ſequentibus concluſionibus dirimi poſſe iudico.

Prima concluſio. Statutum, quo cauetur, vt ſi creditor non petierit debitum intra certum tempus excludatur à Iure ſuo non valet, ſiue verba ad creditorem dirigantur, ſiue ad debitorem, ſi modo debitor ſit in mala fide. Probatur hæc aſſertio, ex cap. vlt. de præſcript. in illis verbis. [*Cum ſit omni conſuetudini, & conſtitutioni derogandum, quæ abſq; mortali peccato ſeruari non poteſt.*] Et ſupra S. Pontifex ſic ſtatuit, vt nulla valeat abſq; bona fide perſcriptio, tam Canonica quam Ciuilis.

Secunda cõcluſio. Statutum huiuſmodi Creditorem excludens, & debiti probationem infringens, ſi ob iuſtam cauſam cõditum eſſe nõ appareat, non valet. Probatur hæc concluſio, primo ex capit. 2. de

Probation. Quatenus ibi S. Pontifex improbat conſuetudinem, quæ abſque iuſta cauſa probationibus factis derogabat. Secundo probatur, quia ſtatutum ſicut, & lex, debet eſſe iuſtum. *c. Erit autem lex. 4. diſt. Innoc. in c. Plerumq. in fin. de immun. Eccleſ. Abbas in d. c. 2. n. 4. de Probat.* Tale autem ſtatutum eſt iniuſtum, quia legitimis probationibus fides eſt adhibenda. Tertio quia tale ſtatutũ probationem infringens, licet non directe, attamen effectu ipſo conſiderato præſcriptionem inducit cum mala fide, neque ſeruari poteſt abſq; mortali peccato, quoniam debitor ſcit ſe debitorem eſſe, creditor vero id probare non poteſt, atque ideo excluditur & priuatur iure ſuo.

Tertia concluſio. Statutum, de quo agitur, ſi probationem infringat ex iuſta & legitima cauſa, valet & ſeruandum eſt. Probatur hæc ſententia, quia lex poteſtatẽ habet ex iuſta & probabili cauſa, iuſtam & plenam probationem infirmandi, id patet quia legitima probatio regulariter conficitur ex duobus, vel tribus teſtibus iuxta illud, In ore duorum, vel trium ſtat omne verbum *c. Cum eſſes. de Teſtam. c. In omni negotio. de Teſtib. c. Forus. §. In omni negot. de verb. ſignificat.* & tamen iuſte ad fraudes tollendas ſancitum eſt, vt in teſtamentis ſeptem requirantur, in Codicillis quinque, & in alijs multis caſibus. Iuſtam vero cauſam hic ego non præſumo, nec facile probari poſſe iudico.

Poſtrema concluſio. Huiuſmodi ſtatum ex iuſta cauſa probationem infirmans valet & locum habet, etiam in debito iurato. Probatur hæc concluſio, quia iuramentum adhibetur ad contractum confirmandum, non autem ad probationem inducendam. Probatio enim differt ab eo, quod in obligatione continetur. Igitur hoc in caſu iuramentum nihil operatur, quia ſcilicet ipſum iuramentum probari non poteſt, *vt dicebat Alciat. in c. Cum contingat. nu. 242. de Iureiur.* Et ideo receptum eſt, Iuramentum nequaquam habere vim, & poteſtatem ſupplendi ſolemnitatem probatoriam, vt loquuntur noſtri, talis enim ſolẽnitas Iure publico inuenta eſt, ac proinde pacto & iuramento partium ſuppleri non poteſt. *Vide Bart. in l. Si quis pro eo. nu. 1. ff. de Fideiuſſ. Panorm. in c. Cum contingat. n. 24. de Iureiur. & Gabriel. commun. concluſio. tit. de ſtatut. concluſ. 11. nu. 12.*

Capvt LXIX.

Vtrum aduerſus præſcriptionem competat, maioribus vigintiquinque annis in integrum reſtitutio, ex cauſa iuſta & probabilis ignorantiæ.

Controuerſi Iuris eſt, an aduerſus præſcriptionem maioribus XXV. annis competat in integrum reſtitutio ex cauſa iuſtæ & probabilis ignorantiæ, *vt videre licet ex Didaco Couar. in c. Poſſeſſor malæ fidei. in 3. par. §. 2. de Reg. Iur. lib. 6. Abbate & Felino in c. Vigilanti de Præſcript. Pinello in Authent. Niſi Tricennale. nu. 58. C. de Bonis matern. Crauett. in conſil. 201. Boerio deciſ. 39. Sfortia Oddo de Reſtit. in integr. parte 2. quæſt. 90. Franciſco Sarmiento ſelectar. interpret. libr. 2. c. 10. & Federico Scoto, in conſ. 1. lib. 4. tom. 2.*

Ego eam ſententiam vſu forenſi receptã eſſe non ignoro, quæ reſtitutioni fauet. Sed tamen contrariam ſententiam, legib. eſſe magis conſentaneam exiſtimo, quã in primis cõfirmabo, deinde communis ſententiæ argumenta refutabo.

Igitur maioribus XXV. annis eſt d. cauſa non competere reſtitutionem aduerſus præſcriptionem, his argumentis probatur.

Primũ ſumitur ex l. vlt. C. de præſcript. longi temporis, in illis verbis: [*Nulla ſcientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inexecrabilis oriatur occaſio.*] quibus verbis hoc Imperator vult, vt præſcriptio locum habeat, tam contra ſcientem, quam contra ignorantem, ne ſi duntaxat cõtra ignorantem locum habeat, ob eam cauſam nouæ lites & dubitationes exoriantur. Ergo reſtitutio aduerſus præſcriptionem non eſt concedenda ex cauſa ignorantiæ, ne ſuper ignorantia & ſcientia, nouæ oriantur lites vel dubitationes.

Secundum eſt ex l. Sicut. C. de Præſcript. XXX. vel XL. annorum, Vbi poſtquam Impe-

Imperator dixit, eam præſcriptionem contra omnes locum habere. [*Non abſentia* inquit, *non militia contra eam legem defendenda, ſed pupillari ætate duntaxat huic eximenda ſanctioni.*]

Tertium eſt ex l. omnes. C. eod. tit. Vbi dicitur, Eum qui præſcripſit, pleniſſima munitione ſecurum eſſe, quod ſanè verum non eſſet, ſi reſtitutio in integrum competeret aduerſus ipſam præſcriptionem ex cauſa ignorantiæ.

Quartum eſt ex l. vlt. C. de fundis patrimon. lib. 11. in illis verbis. [*Nullam penitus ſuper dominio memoratorum omnium fundorũ, &c. à publico actionem vel moleſtiam, vel quamlibet inquietudinem formidare, &c.*]

Quintũ eſt ex l. vni. C. de Vſucap. transformanda. vbi Iuſtin. commemorans antiquas circa præſcriptionem conſtitutiones, easque corrigens, quoad tempus præſcriptionis, clarè indicat præſcriptionem vim habere, ac efficaciam, etiam aduerſus ignorantes. Sic enim ait: [*Sed ſi quis res alienas, Italicas tamen, bona fide poſſidebat per bienniũm, miſeri rerum domini excludebantur, & nullus eis ad eas reſeruabatur regreſſus, quæ, & neſcientibus dominis procedebant, quò nihil inhumanius erat, ſi homo abſens, & neſciens, tam anguſto tempore ſuis cadebat poſſeſſionibus.*] Quam quidem temporis anguſtiam ibi corrigit Imperator dũtaxat, & ſic antiquæ leges valẽt, quibus præſcriptio etiam ignorantibus nocet.

Sextum eſt ex c. Ad aures de Præſcript. ibi: [*Quadragenalis præſcriptio, omnem prorſus actionem excludit.*]

Septimum argumentum, ac poſtremum eſt huiuſmodi. Quia videlicet abſentibus propter iuſtam ignorantiam maius tempus conceditur vt ſuas res perquirãt. Quare ſi intra conſtitutum tempus non requiſierint, meritò excluduntur. Item; quia ſi reſtitutioni locus eſſet propter ignorantiam, nunquam, vel rarò præſcriptio locum haberet: quis enim ſciens pateretur ſuas res ab alijs vſucapi.

Reſpondent contrariæ ſententiæ Authores, his argumentis probari, Præſcriptionem etiam ignorantibus obeſſe, ſed non probari, nec idcirco colligi poſſe, reſtitutionem eſſe denegandam. Nam & abſentibus Reipubl. cauſſa nocere ſolet, qui tamen in integrum reſtituendi ſunt. Rectè, ſi leges extarent, quibus & ex cauſa ignorantiæ, reſtitutionem eſſe concedendam caueretur, ſicuti ex cauſa abſentiæ, Reipubl. cauſa, cautum eſt, Sed nulla extat lex tale aliquid dicens, & multæ contrà extant cõſtitutiones ac leges, quibus contrarium ſuaderi probabiliter poteſt.

Sed iam videamus quantũ habeant momenti ſententię communioris argumenta.

Illud in primis adfertur, quod habetur in l. 1. ff. Ex quibus cauſis maiores in integrum reſtituantur. [*Si qua alia iuſta mihi cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam.*] Reſpõdeo, Non ita ſimpliciter text. dicit, ſed ita. [*Item ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam, quoad eius per leges plebiſcita, Senatuſconſult. edicta, decreta Principum licebit.*] At nulla extat lex, nullũ decretũ, quo ignorantiã eſſe iuſtam reſtitutionis cauſſam aduerſus præſcriptionem demonſtrari poſſit.

Si dicatur, ſufficere, nullam eſſe legem quæ reſtitutionem prohibeat, quia ſic illa verba edicti accipienda ſunt, leg. Nec non. §. quod eis. ff. ex quibus cau. maior. ibi. [*Quæ clauſula non illud pollicetur, ſe reſtiturum, ſi leges permittant, ſed ſi leges non prohibeant.*] Item ſufficere, ſi æquitas reſtitutionem ſuadeat, ſic enim illa verba. [*Si qua alia mihi iuſta cauſa videbitur,*] accipienda ſunt, *vt in l. Sed & ſi per Prætorem. §. Item inquit Prætor. ff. eod. tit.* Reſpõdeo leges hoc in caſu reſtitutionem prohibere, ſi non expreſsè, ſaltem tacitè: quia videlicet etiam ignoranti nocere volunt præſcriptionem, Nec ratio æquitatis reſtitutionem dari poſtulat, quia ſic nunquam eſſet litium finis, & parum ipſa præſcriptio prodeſſet, cùm ſcientes res ſuas ab alijs detineri, ſæpius interrumpant præſcriptionem, & longum tempus, ideo ſit conſtitutum, vt perquirendi res ſuas dominis facultas daretur.

Secundò, adfertur text. in l. 1. §. Si quis propter ff. de Itinere, actuque priuato. Reſpondeo, textum nõ loqui de impedimento, quod ex ignorantia procedit. Sic enim habet. [*Si quis propter inundationem vſus non ſit*

uiuere,

itinere, actuq́; hoc anno, cum ſuperiore vſus ſit, poteſt repetita die hoc interdicto vti, per in integrum reſtitutionem, ex illa parte edicti, ſi qua mihi iuſta cauſſa videbitur.]

Tertio, adfertur text.in l. Et Atticilinus. ff.de ſeruitutibus ruſtic.prædior. Reſpondeo. Reſtitutionem dari in ea ſpecie ex alio impedimento, quam ignorantiæ, ſic enim ait textus. [*Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere ſoliti ſunt, adierunt me, propoſueruntq; aquã, qua per aliquot annos vſi ſunt, ex fonte, qui eſt in fundo Sutrino, ducere non potuiſſe, quod fons exaruiſſet, & poſtea ex eo fonte aquam fluere cepiſſe, petieruntq́; à me, vt quod ius non negligentia, aut culpa ſua amiſerant, ſed quia ducere non poterant, his reſtitueretur. Quorum mihi poſtulatio, cum nõ iniqua viſa ſit, ſuccurrendum his putaui. Itaq; quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua ad eos peruenire non potuit, id eis reſtitui placet.*]

Quarto, adfertur text.in l. Ab Hoſtib.ff. ex quibus cauſis maiores. Reſpondeo, textum loqui de abſente ab hoſtib.capto, non autem de ignorante.

Quinto, adfertur tex.in l.Si partem. §.1. iuncta Gloſſ. ff. Quemadmodum ſeruitus amittatur. Reſpondeo, textum illum potius fauere ſententiæ noſtræ, & Gloſſ. in verbo, Non vtendo, quæ reſtitutionem in cauſa ignorantiæ cõcedendam arbitratur, niti authoritate l. Et Atticilinus.ff.de ſeruitut.ruſtic.præd. qui text. ad hanc rem nõ pertinet, vt ſupra dictum eſt. Iuriſconſulti verba, in d.l.Si partem.§.1.hæc ſunt: [*Si per fundum meum viam tibi legauero, & adita mea hæreditate, per conſtitutum tempus ad amittendam ſeruitutem, ignoraueris eam tibi legatam eſſe, amittes eam non vtendo.*]

Sexto, adfertur illa ratio, quod cum ex cauſſa infirmitatis & abſentiæ, & ex alijs iuſtis impedimentis reſtitutio concedatur, ſit etiam ex cauſſa ignorantiæ concedenda, quia iuſtum impedimentum adferre videtur Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam idcirco tempus ignoranti datur à lege, vt res ſuas perquirat; ne iuſtam conquerendi cauſam habeat, & vt ſi vel noluerit, vel non potuerit, iura ſua inuenire, id vel negligentiæ ſuæ, vel fato adſcribat, neque enim perpetuæ lites eſſe debent in Republica, & dominia rerum in incerto eſſe.

Poſtremo adfertur illa ratio, quod præſcriptio inducta eſſe videatur in odium negligentis. Is autem qui ignorat, negligens eſſe non dicatur. Reſpõdeo, bono publico inductam eſſe vſucapionem, ne ſemper dominia rerum in incerto eſſent, & vt aliquando litium finis eſſet, *l.1.ff.de Vſucap. l. vlt.ff.Pro ſuo.*

Caput LXX.

Vtrum præſcriptione, ſiue vſucapione acquiratur dominium directum, an vero vtile tantum.

VTile dominium, ſi noſtrorum interpretum loquendi vſum, & placita ſpectemus, duobus modis dicitur. Primum illud quod opponitur directo dominio, ſecundo id, quod ex directo dominio pendet, quale dicuntur habere Emphyteutæ, & Vaſalli: de qua quidem appellatione aliquibus quidem probabili, aliquibus non ſatis probabili, iam non diſputo, ſed de re ipſa, ac omiſſa poſteriore ſignificatione. Quod ad priorem attinet, non deſunt, qui ex præſcriptione negant acquiri directum dominium. Non deſunt etiam, qui affirment: Inter omnes autem conuenit, ſi de vſucapione rerum mobilium agatur directum acquiri dominium: ſimiliter inter omnes conſtat, non acquiri ex præſcriptione longiſſimi temporis, ſi poſſeſſor ſit in mala fide, *Vide Alciat.in l.vt ſunt.ff.de verb.ſignific. Vaſquium Controuerſ.Illuſt.cap.54. & Pinell.in Authent.niſi Tricennale, num.38.C. bonis matern.* Omnis controuerſia eſt de præſcriptione longi temporis, ac longiſſimi, cum poſſeſſor eſt in bona fide. Etenim eiuſmodi præſcriptione vtile duntaxat dominium acquiri, reſponderunt Gloſ. *in l.Traditionibus.C.de pact. & in d.Authent.niſi Tricennale,* quam vtroque in loco ſecutus eſt Bart.& Felin. *in rubr. de præſcript. atque ibid.* Panorm.Bald.*de præſcript.2.part.3 partis princip q.2.*& alij, *quos commemorat. Couarr.ad reg. poſſeſſ.malæ fidei, in 3.par.in prin.de Reg.Iur.lib.6.*

Argu-

Argumenta verò ſunt iſthæc. Primum ex l. Si duo Patroni. §. 1. ff. de Iureiur. in illis verbis. [*Poſt longi temporis præſcriptionem, etiam vtilem actionem habere debere.*]

Secundum eſt ex l. 1. in fi. ff. de Aqua plu. arcen. & ex l. Si quis diuturno. ff. quemadmod. ſeruitus vindicetur, in quibus locis habetur, Acquiſita ſeruitute per præſcriptionem, actionem vtilem competere.

Tertium argumenrum eſt ex eo, quòd ex præſcriptione dicitur oriri exceptio. *vt in l. Super longi. C. de longi temporis præſcript. & in l. Si quis emptionis. C. de Præſcript. longiſſ. tempor.* Exceptio autem eſt actionis excluſio *leg. 2. ff. de exception.* Ergo is, contra quem excipitur, de præſcriptione dominium rei habet, aliquin rem vendicare & agere non poſſet, cum autem dominium vtile non habeat, eſt enim illud penes poſſidentem, neceſſariò ſequitur eum habere directum, & ſic vtile duntaxat præſcribenti fuiſſe quæſitum.

Poſtremum argumentum eſt huiuſmodi. Dominium ex Iure gentium prouenit, *Ex hoc Iur. de Iuſt. & Iur.* Ergo à Iure Ciuili tolli non poteſt ex præſcriptione. §. *vltim. in Inſt. de Iure naturali, gentium & ciuili.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Doctores Galli veteres, *Deci. & Alciat. in l. Traditionib. C. de pactis. Corraſius lib. 6. Miſcellan. c. 20. Couuarr. loco nuperrimè citato. Vaſq. Controuer. illuſt. c. 54. & Pinell. in Auth. niſi Triennale. C. de Bonis mater. num. 39.*

Argumenta verò ſunt iſta. Primum ex l. 3. ff. de Vſucapio. & ex l. Acquiritur. 2. §. Non ſolum. ff. de Acquir. rer. dom. & ex l. Tradition. C. de pactis, quibus in locis habetur, Vſucapionibus dominia rerum nobis acquiri. Quæ quidem dominij appellatio in potiori ſignificatu eſt accipienda, *l. 1. §. qui in perpetuum. ff. ſi ager vectigalis, vel Emphyteuticarius petatur.*

Secundum argumentum eſt ex §. 1. in Inſtitut. de Vſucapion. vbi Imperator ita dicit. [*Et ideo conſtitutionem ſuper hoc promulgauimus, qui cautum eſt, vt res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis poſſeſſionem vſucapiantur, & his modis, non ſolum in Italia, ſed etiam in omni terra, quæ Imperio noſtro gubernantur, dominia rerum, iuſta cauſſa poſſeſſionis præcedente, acquirantur.*]

Tertium eſt ex l. vlt. C. de Edicto. D. Hadriani tollendo, & ex l. omnes in fin. C. de Præſcript. longiſſ. tempor. quibus in locis habetur: Ei, qui bona fide præſcripſit, pleniſſimam ſecuritatem ſuper dominio præſtari.

Quartum & poſtremum eſt ex c. inter memoratos. 16. q. 3. vbi dominium præſcriptione acquiſitum appellatur æternum, & ex c. Clerici. ea. q. Vbi propriet. nuncupatur.

Ego in hac difficultate ſic ſtatuo. Primum & ſecundum argumentum prioris ſententiæ, ac poſtremum etiam, nullius eſſe momenti. Nam quòd attinet ad text. in l. Si duo. §. 1. ff. de Iureiur. ſenſus illius loci non eſt ex præſcriptione naſci vtilem actionem, ſed actionem vtilem ei, qui iurauit competere ex Iureiurand. etiam poſt longi temporis præſcriptionem, ſcilicet ab Aduerſario poſſeſſore completam, *vti explicat omnium optimè Duaren. in commen. ad tit. ff. de Iureiur. cap. 5.* Quòd verò attinet ad ſeruitutes, quia non propriè poſſidentur, non mirum videri debet, ſi earum nomine vtilis actio ex præſcriptione quæratur.

Denique quod attinet ad vltimum argumentum, certum eſt illud nil obſtare, quià ius naturale, quo dominium propriæ rei quiſque habet, & quod dictat illud, nemini auferendum, interpretationem ſumit ex alia eiuſdem iuris naturalis ratione, quæ dictat, vt Reip. & Principib. pareamus, & ſic leges præſcriptionem inducentes, obſeruemus, quæ iuſtam ob cauſam & propter publicam vtilitatem conſtitutæ ſunt.

Vna ſupereſt difficultas circa tertium argumentum. Nam cùm antiqui legum interpretes intelligerent, Antiquo rerum Domino, actionem competere ad rem ipſam vindicandam, ex eo ſtatim argumentati ſunt, dominium aliquod eum habere, ſi nõ vtile, ſaltem directum: quod verò agere poſſit antiquus rei dominus inde deduxerunt, quoniam leges dicunt, poſſeſſorem aduerſus eum exceptionem præſcriptionis habere; Exceptio enim eſt actionis exclu-

quamquam pœnam eſſe minuendam, quoniam huiuſmodi delicta, in ætate adulta potiſſimum committuntur.

Moueor authoritate text. *in d. l. Si minor, 36. ff. Ad l. Iul. de Adult. & author. text. in d. l. 6. C. Ad l. Corn. de Sicarijs.* Quod verò ad alia delicta attinet, permagni referre iudico, vtrum ſemel an ſæpiùs minor deliquerit, Vtrum fuerit alias punitus propter delictum commiſſum, nec non, ſitne atrox delictum, vel leue, & an malitia ætatem ſuppleat necne, & denique vtrum ſpes affulgeat aliqua melioris frugis. Equidem ſi de graui crimine agatur, quòd ſæpiùs adultus perpetrauerit, haud ſemel animaduerti capitali ſupplicio affectum fuiſſe, quod & magnopere probo. His ceſſantibus benigniorem ſententiam ſecutus fui.

Denique argumentum nullum video, quo ſententia ſtabiliri poſſit perpetua, per quam Iudices ad mitiorem pœnam adultis delinquentibus infligendam, teneantur. Etſi interdum id eis licere non dubitem, quemadmodum argumenta prioris ſententiæ facilè euincunt; Illud enim argumentum poſtremum, quod ſumitur ex leuitate culpæ, non eſt ſolidum. Nam ſi verbi gratia Adultus hominem occiderit, non is quidem tam grauiter peccat, ac ſi maior eſſet XXV. annis, ſed non propterea efficitur, eum minori pœna afficiendum, quàm hominem occidenti ſit præſcripta: ratio eſt, quia tam grauiter delinquit, vt pœnæ homicidij meritò reus eſſe debeat.

Exemplum eſto, Homicidium eſt maius crimen adulterio, vnde qui hominem occidit, magis peccat, quàm qui Adulterium committit, & tamen vterque capitali pœna dignus eſt. Qui enim minùs grauiter delinquit quàm alter, ita tamen delinquit, vt incidat in pœnam à lege conſtitutam.

CAPVT LXXII.

Vtrum minor XXV. annis reſtituendus ſit, aduerſus confeſſionem delicti.

MINOREM annis qui confeſſus ſit delictum, de quo conuictus non eſt, aduerſus ſuam confeſſionem eſſe reſtituendum, Angelus exiſtimauit *in l. Certum. §. in Pupillo. ff. de Confeſſis.* quem poſtea ſecuti ſunt alij, *vt Alex. refert in conſ. 115. lib. 3. & Iaſon in l. Nam & poſtea. § ſi minor. ff. de Iureiurand. & alij paſſim.* Horum argumenta ſunt iſta.

Primum ex d. leg. Certum. §. In pupillo, ibi, [*Minorem à confeſſione ſua reſtituemus.*] Secundum eſt ex eo, quòd minor aduerſus negationem reſtituitur, *vt patet ex l. Si ex cauſa. §. Nunc videndum. ff. de minorib.* Ergo eadem ratione reſtituendus videtur aduerſus confeſſionem. Tertium eſt ex regula generali. Minoribus læſis ſuccurrendum eſſe, *l. Minorib. ff. eodem tit. cum alijs.* ſed hic eſt læſus ex confeſſione, quia delictum non poteſt aliunde probari, ergo reſtituendus eſſe videtur.

Iſtis non obſtantibus contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, quam defendit Franciſcus Sarmientus *lib. 3. ſelectar. interpret. cap.* 13. Moueor authoritate textus in l. Auxilium. ff. de minorib. vbi dicitur, In delictis, minorem non mereri in integrum reſtitutionem, & paulò poſt de eodem minore confitente, ita dicitur: [*Sed vt ad legis Iulię de adulterijs coercendis percepta veniamus, vtique nulla deprecatio pœnæ eſt, ſi ſe minor annis adulterum fateatur.*] His verbis probatur non eſſe in integrum reſtituendum minorem, aduerſus ſuam confeſſionem, quia ſi reſtituendus eſſet, aliqua certè eſſet pœnæ deprecatio, quia ſcilicet, reſtitueretur aduerſus ſuam confeſſionem, vt pœnam euaderet, niſi aliunde conſtaret eum deliquiſſe.

Confirmatur hæc ſententia: Nam aut verum faſſus eſt minor, aut falſum; aut nobis non conſtat, vtrum verum aut falſum dixerit. Primo caſu reſtitutionem non meretur, quia iure communi vſus eſt, *l. vltim. C. de in integr. reſt. minor.* tenebatur enim verum dicere. Secundo caſu reſtituendus eſt, ſi de errore ſuæ confeſſionis doceat, *l. 1. §. Si quis vltrò. ff. de quæſt.* Tertio caſu eſt indignus reſtitutione, quia non eſt præſumendum; quòd mentitus fuerit contra ſe, ſi modò ſit ſanæ mentis, & intelligat rem, de qua igitur, vt ſolent adulti.

Ad primum argumentum contrariç ſen-

tentiæ reſpondeo, textum, *in* §. *in pupillo.* de cauſſis pecuniarijs intelligendum eſſe. Id patet ex legibus præcedentibus. Nam, in præcedentibus habetur confeſſum pro iudicato haberi & ſufficere, ſi tutores vel curatores fateantur. Pupillo verò confeſſionem non obeſſe, quia reſtituendus erit. Nos verò loquimur de adulto confitente maleficium.

Ad ſecundum reſpondeo, text. in d. §. Ex cauſſa, locum habere, quando falsò adultus negauit delictum, propter quam negationem creſcit in duplum condemnatio, & ſic de læſione eius conſtat, & de falſitate confeſſionis.

Ad poſtremum reſpondeo, hic non conſtare de læſione, niſi vel metu fuerit confeſſus delictum, vel alterius dolo, vel re vera illud non commiſerit, tunc enim non debet ei confeſſio nocere, ſicut nec maiori, vt in d. l. 1. §. Si quis vltrò. ff. de quæſt.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filiatio probetur ex ſolo tractatu, vt loquuntur, & educatione: vbi agitur de obtinenda hæreditate aut ſimilibus iudicijs petitorijs.

FIliationem probari ex tractatu & educatione reſponderunt. *Antonius Butrius in cap. Tranſmiſſa, colum. 3. Qui filij ſint legitimi, Decius in conſil. 54. Pariſius in conſil. 10. numer. 110. libro 2. Crauetta in conſil. 249. num. 2. Illuſtriſſimus & Reuerendiſsimus Cardinalis Paleotus de nothis & ſpurijs, cap. 2. num. 5. Alba. in conſil. 82. Purpuratus in conſil. 559. libro 2. D. Cephalus in conſil. 137. numer. 44. lib. 1. Couuarr. de ſponſalibus, part. 22. cap. 8. §. 3. num. 6. Menochius de Arbitr. iudicium, caſu 79. num. 70. & de Præſumpt. lib. 6. cap. 31. num. 22.*

Fundamentum eſt in eo, quod ex tali educatione & tractatione filius quis præſumatur, & conſequenter aduerſæ parti id neganti, onus incumbat contrarium probandi: *iuxta l. circa. ff. de Probat.* Quòd autem ea præſumptio oriatur ex educatione & tractatione, probatur ex l. 1. §. Ad quæſtionem. ff. de quæſtionibus in illis verbis: [*Nec facilè credendum, ſubiectam eam, quam ambo parentes dicuntur charam filiam habuiſſe, reſcripto Diuorum Fratrum ad Lucium Tiberianum emiſſo declaratur.*]

Contrariam ſententiam ſecuti fuere. *Baldus in conſ. 180. Mortuo lib. 3. & in c. Per tuas de probat. & in l. Non ignorat. C. Qui accuſare non poſſunt, vbi etiam Petrus & Cynus, Albericus & Salicet. Iaſon. in l. Neque profeßio. C. de teſtam. & in conſilio 120. lib. 4. Caſtrenſ. in conſil. 434. non procul à Principio lib. 1. Decius in conſil. 321. Alciatus Reg. 3. Præſumpt. 38. & in conſil. 201. 523. 614. Beroius in conſil. 158. num. 4. 5. lib. 2. D. Cephalus in con. 82. num. 48. lib. 1. Rolandus à Valle in conſil. 49. num. 48. lib. 4.*

Quę poſterior ſententia mihi magis probatur. Primum ex eo, quod habetur in l. Filium. ff. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt, vbi Iuriſconſ. [*Filium definimus: qui ex viro & vxore eius naſcitur.*] Ergo id probare debet is, qui ſe filium aſſerit.

Nec obſtat, ſi dicatur id probare ex præſumptione, quæ oritur ex eo, quod habitus & educatus fuerit tanquam filius, quia in iudicijs petitorijs non ſufficit actori ſuæ intentionis fundamentum probare ex præſumptione, & coniectura. Id patet. Nam ex poſſeſſione dominium præſumitur, ſecundum Bartoli ſententiam communiter receptam *in l. Quidam in ſuo. ff. de cond. inſtit.* & tamen hæc pręſumptio non ſufficit in rei vendicatione, ſed probanda ſunt quatuor, nempe Titulus, Traditio, Pretij numeratio & diuturna poſſeſſio: *vt declarat optimè Menoch. de arbit. Iudicum caſu* 44. Sic igitur & in propoſita ſpecie, cùm principalis ſit quæſtio, an aliquis ſit filius, ad hoc vt hæreditatem vendicare poſſit, probandum erit, filium eſſe aliter quàm per vnam illam præſumptionem, illa enim nihil amplius tribuit, quàm poſſeſſionem vel quaſi, filiationis: Poſſeſſio autem non ſufficit ad obtinendum in petitorijs iudicijs, vt dictum eſt.

Non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ, quia textus allegatus nihil aliud probat, nisi quod de præſumptione dictum eſt; Eam videlicet ſuppoſitam non præſumi, quam parentes tanquam charam filiam habuerunt. Sed tamen ex eo non dicitur conſtare filium eſſe, *argumento leg.*

Neque profeſſio. C. de teſtam. l. non nudu l. non epiſtolis. C. de probationibus. Neque enim coniectura loco probationis habetur. *l. Tutor petitus. C. de periculo tuto. & declarat Iaſ. in l. licet. nu.* 13. *de legatis* 1. In petitorijs vero non ſufficiunt præſumptiones, ſed probationes requiruntur.

Capvt LXXIV.

Vtrum appellare liceat à ſententia Iudicis, qua pronunciat ſententiam exequendam eſſe.

NOn eſt certi, ſed controuerſi Iuris, Vtrum ab ea ſententia appellare liceat, qua pronunciatur ſententiam exequẽdam eſſe. Diuerſarum opinionum Authores nõ commemorabo, quoniam ex commentarijs interpretum noſtrorum facile colligi poſſunt, *ad l. ab executione. C. quorum appellationes non recipiantur, & ad l. ab executore. ff. de appellationibus & Relationibus. Fuſeq; commemoratur à Gabrelio Commun. concl. tit. de appellat. concluſ.* 4. Rationes potius & argumenta placet diligenter expendere.

Igitur qui putant appellari non poſſe, trib. potiſſimum argumentis vtuntur. Primum. Ab executione appellari non poteſt. *d. l. ab executione. & d. l. ab executore.* Ergo nec à pronunciatione de exequendo. Conſequẽs probatur, quia pronunciatio de exequendo nihil aliud eſt effectu, quam verbalis executio. Si ergo non licet à reali executione appellare, nec licebit à verbali.

Secundum argumentum. Pronunciatio de exequendo, nihil aliud eſt, quam præambulum ipſius executionis. Ergo lex, quæ prohibet appellationem ab executione, videtur etiam eam prohibere ab huiuſmodi pronunciatione de exequendo, quoniam eſt eadem ratio, & lex non eſt impoſita verbis, ſed rebus. *l.* 2. *C. Communia de legatis.*

Tertium argumentum. Prohibito vno cenſetur etiam prohibitum id, per quod peruenitur ad illud. *l. Oratio. ff. de ſponſal.* Sed prohibita eſt appellatio ab executione. Ergo videtur etiam eſſe prohibita à pronunciatione de exequendo, per quam peruenitur ad ipſam executionem.

Fundamentum autem eorum, qui contrariam ſententiam ſunt amplexi, illud eſt, quod ab omni ſententia regulariter appellare liceat, *l. in maioribus C. de appellat.* Ergo & ab huiuſcemodi pronunciatione de exequendo.

Et licet ab executione appellari non poſſit, eſt tamen ratio differentiæ, quia executor non poteſt grauare partem, niſi modum excedat: neque enim eius officium eſt in cognoſcendo, ſed in exequendo. Verum qui pronunciat ſententiam eſſe exequendam, prius cognoſcere debet, an ſit exequenda, quare vt perperam pronunciet, facile accidere poteſt.

Ego ſane, ſi de mero executore agatur, cuius officium in exequendo, non autem in cognoſcendo, iuxta textum in cap. Super quæſtion. de offic. delegati. in illis verbis: [*Non tam cognitorem, quam executorem, &c.*] non dubito, quin prior ſententia ſit veriſſima, camq; plane euincant argumẽta ſuperius allata. Cæterum ſi de executore agatur non mero, ſed miſto, qui ſcilicet, executioni præmittere cognitionem debeat, nihil ſane video, cur appellare non liceat. Etenim, vt contra ius litigatoris pronunciet, fieri poteſt. Ergo appellare licet. Nam & appellatio eſt permiſſa ab eo, qui ſententiam male interpretatur, *vt in d. l. ab executore. ff. de appellat. & Relatio.* Quod ſi ius Canonicum inſpiciamus: nulla fere dubitatio eſſe poteſt, quoniam eo iure inſpecto, appellare licet ab omni ſententia & interlocutione Iudicis.

Quæ quidem diſtinctio, ſi recipiatur, nihil obſtabunt prioris ſententiæ argumenta, omnia enim locum habent in executore mero: vt enim ab executione appellare non licet, ita neque ab eius præambula pronunciatione. Cæterum in executore miſto, qui & exequi, & cognoſcere debet, nullas habent vires ea argumenta, quia cognitio illa & pronunciatio, an ſententia ſit exequenda, non eſt præambulum executionis, neque res ei annexa, ſiue acceſſoria: ſed principalis & prorſus

ſeparata, præcipueque definienda ac terminanda.

CAPVT LXXV.

Vtrum in cauſis poſſeſſoriis appellare liceat.

VAriæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ, vtrum in cauſis poſſeſſorijs appellare liceat. Prima eſt opinio eorum, qui ſimpliciter appellari poſſe negant. *Ita Bartolus, Caſtrenſ. & cæteri antiquiores, nec non Cæſar Contardus in commentariis l. 1. C. ſi de momentanea poſſeſ. fuerit appellatum.* quorum fundamentum eſt in text. dictæ legis, qui ſic ſe habet. [*Cum de poſſeſſione & eius momento cauſa dicitur, etſi appellatio interpoſita fuerit, tamē ſententia lata ſortitur effectum.*] Confirmatur ea ratione quoniam præiudicium, quod per ſententiā in poſſeſſorio latam irrogatur, in iudicio petitorio reparari poteſt.

Secunda eſt opinio: Iure quidem ciuili appellari non poſſe à ſententia in poſſeſſorio lata, verum ſecus iure canonico. *Ita Abbas in c. Cum ad ſedem. nu. 30. de reſtit. Spoliator. Ripa in c. ſæpe, col. penult. eod. tit. Federicus Senen. in conſilio 77. Decius ad l. 1. nu. 6. C. de bonor. poſſeſ. ſecundum tabu. Contardus in commentariis d. l. Vnica. limitatione 3. nu. 1. Couar. Practic. quæſt. cap. 23.*

Argumenta quibus probatur iure canonico appellari licere, ſunt hæc. Primū, quia regulariter in omnibus cauſis, etiā minimis appellatio eſt à ſacris canonibus permiſſa. *c. de appellationibus, extra de appellationib.*

Secundum ex c. Cum ad ſedem de reſtit. Spoliatorum, vbi ſententia lata fuit in cauſa poſſeſſoria, & ad ſedem Apoſtolicam appellatum, reformatque ipſa ſententia.

Tertium ex ca. ex conqueſtione eod. tit. & c. Significauerunt de Teſtibus, quibus in locis de cauſa poſſeſſoria agitur, & præſupponi videtur appellari potuiſſe à ſententia lata.

Quartum ex Clem. 1. de cauſſa poſſeſſ. & proprie. ibi. [*Tam appellanti, quam appellato licere decernimus, nedum petitorium, ſed & poſſeſſorium intentare.*

Poſtremum ex Clement. vnica de Sequeſtratio. poſſeſſ. & fruct. vbi decernitur, non eſſe quempiam beneficij poſſeſſione priuandum, per vnam tantum ſententiam, in poſſeſſorio latam, ſed beneficium eſſe ſequeſtrandum apud aliquem, qui fructus ei reſtituat, qui victoriam obtinebit. Deinde dicit, id obſeruandum etiam circa negotia pendentia, per appellationem: ex quibus omnibus Summus Pontifex indicare videtur, appellationem eſſe permiſſam in cauſis poſſeſſorijs.

Tertia eſt ſententia tam iure ciuili, quam iure Canonico appellare licere in cauſis poſſeſſorijs, ſed tamen executionē rei iuſtificatæ non ſuſpendi, quod perinde eſt, ac ſi vna cum Doctoribus dixerimus, appellari poſſe quo ad effectum deuolutiuum, non autem quo ad effectum ſuſpenſiuum. *Ita Archidiacon. in c. Si qui. § Si quis auſus fuerit. 2. q. 6. Bar. in l. 2. ff. de appel. recipien. Angelus in conſ. 107 Couar. pract. quæſt. c. 23. n. 8. verſ. Secūda cōcluſio.*

Atque hæc poſtrema ſententia videtur mihi probabilior alijs omnibus. Nam ſi ius Ciuile ſpectemus, non dicit lex appellationem prohiberi, ſed dicit ſententiam latam effectum ſortiri. [*Etſi appellatio, inquit, interpoſita fuerit, tamen ſententia lata ſortitur effectū.*] l. 1. C. ſi de momenta. poſſeſſ. fuerit appellatum. quæ lex à Gratiano inſerta eſt decreto, *vt patet ex c. et qui. § ſi quis auſus fuerit. 2. q. 6.* Ex quo aliquam coniecturam licet ſumere, nō eſſe hac in re diſcrimen inter ius canonicū & ciuile. Nullus vero iuris Canonici locus adferri poteſt, quo appellatio permiſſa eſſe dicatur quo ad effectum ſuſpenſiuum, vt propterea loca ſuperius relata pro ſecundæ opinionis confirmatione huic noſtræ non obſtent: Etſi enim euincant appellationem non dari, non tamen euincunt, executionē ſententiæ appellatione ſuſpendi. Quod enim eſt conſtitutum in Clem. 1. de ſequeſtr. poſſeſſ. & fruct. ad beneficia eccleſiaſtica nominatim pertinet, nec ad alias profanas cauſas recte porrigitur: quia ſi generaliter acciperetur, lata ſententia, in petitorio, vel poſſeſſorio, ſequeſtrationi locus eſſet: vt in ea ſpecie, quod tamen eſt abſurdum affirmare: quoniam appellatione pendēte nihil

debet

debet innouari. *Vide Afflict. deciſ.98. Lancellotum de attentatis appellatione pend. ampl.7.*

CAPVT LXXVI.

Vtrum à ſententia, per quam heres inſtitutus in teſtamento, in poſſeſſionem bonorum hereditatis mittitur, appellatio ſit permiſſa.

Non permittitur appellare, ne ſcriptus heres in poſſeſſionem inducatur.] *vt inquit Paulus I. C. in l. vlt. ff. de appellat. recipien.* Id quomodo accipiendum ſit, nonnulla eſt controuerſia, & quidem appellationē permiſſam nō eſſe, quo ad effectum ſuſpenſiuum, vt vocant, ſecus autē quo ad deuolutiuum, Author eſt Iacob. Menoch. *de adipiſc. poſſeſſ. remed.4.n.827.* eo argumento, quod & in pleriſq; alijs caſibus, cum appellatio prohibetur, intelligitur eſſe prohibita quo ad effectum ſuſpenſiuum, nō autem quo ad deuolutiuum, veluti in poſſeſſorijs, *Bart. in l.2. ff. de appella. recipien. in ſententia dotis, Baldus Nouell. de dote, part.9. priuil.7.* Cæterum, quo ad vtrunq; effectum, appellationem eſſe prohibitam docuerunt Auguſtin. Beroius, *q.44* Petrus Benintend. *deciſ.79. num.7.* Ioſeph. Ludouicus, *deciſ. Peruſ.20 num.10.* quibus & ipſe aſſentior. Moueor authoritate text. in l. quiſquis. C. quorū appella. non recipiantur, vbi Impp. Gratianus, & Theodoſius ita dicunt: [*Quiquis, ne voluntas defuncti teſtamēto ſcripta reſeratur, vel ne hi, quos ſcriptos patuerit heredes, in poſſeſſionem mittantur, auſus fuerit prouocare, interpoſitamq; appellationem is, cuius ea de re notio erit, recipiendam eſſe crediderit, viginti librarum auri mulcta, & litigatorem qui tam importune appellauerit, & Iudicem, qui tam ignauam conniuentiam adhibuerit, inuolat.*]

Argumentum ex hoc textu ſumitur in hunc modum. Nam ſi & appellanti, & Iudici appellationem admittenti, pœna irrogatur, nullo diſcrimine adhibito, ſequitur indiſtinctè appellationem eſſe prohibitam, quia ſi permiſſa eſſet quo ad effectū deuolutiuum, neq; appellans, neq; Iudex puniēdus eſſet. Liceret enim aliquo modo & appellare, & appellationi deferre.

Quæ vero adferuntur ſimilia in argumento contrariæ opinionis, vt maxime vera ſint, parum tamen obſtant, quia nulla eſt lex in alijs cauſis poſſeſſorijs & ſimilibus, quę adferuntur, tam diſerte appellationem prohibens pœna etiam conſtituta, quemadmodum hoc in caſu.

CAPVT LXXVII.

Vtrum in cauſa alimentorum appellatio ſit permiſſa, & quomodo.

Quod attinet ad cauſam alimentorum, vtrum appellatio ſit permiſſa, Specul. *in tit. de appellat. rubr. In quibus cauſis ceſſat appellatio, verſ. Octauo, quando res dilationem non recipit, &c.* vtitur hac diſtinctione. Aut alimēta officio iudicis petuntur, & tunc à ſententia Iudicis appellatio prohibetur, quia incidenter, & ſummatim cognoſcit, *l. ſi iudex. ff. de his qui ſui, vel alieni iuris ſunt, l. ſi quis à liberis. §. ſolent. ff. de liber. agnoſcen. c. ex parte, & c. pen. de accuſat.* Aut actionis Iure petuntur, & tunc appellatio eſt permiſſa, quoniam Iudex procedit, vt fit in iudicijs ordinarijs, *Sequitur eandem diſtinctionem Bart. ad l. fin. ff. de appellat. recip.*

Altera eſt ſententia, quæ mihi probabilior videtur, appellationem in cauſa alimentorum permiſſam non eſſe quo ad effectum ſuſpenſiuum, ſecus quo ad deuolutiuum, *ita Ioan. Andr. in addit. ad ſpec. loco ſuperius annotato. Bald. Nouel. de dote, part.8. priuil.7* ſcilicet ſi de futuris alimentis agatur, ſecus enim ſi de præteritis, *vt tradit Lancellot. de attent. tit. de attent. lite pend. limit.24. nu.7.*

Probatur hæc ſententia, nam appellari poſſe à tali ſententia ſuadetur ex generali regula, quæ in omnibus cauſis appellationem permittit, niſi ſpecialiter ſit prohibita, *l. Et in maioribus, C. de appellatio. c. de appellationibus, extr. de appellat.* Neque prohibitam eſſe probat text. *in l. vlt. ff. de appellationibus recipien.* quia loquitur de alia cauſa alimentorum, videlicet ne frumentum, in vſum militum in annonæ ſubſidia contrahatur, & ſic cum agitur de alimentis, quæ militibus debentur.

Appel-

Appellatione vero non ſuſpendi effectũ rei iudicatæ, eo argumento demonſtrari poteſt, quod cauſa ipſa alimentorum, moram & dilationem nõ patitur, ne dum ipſa appellationis cauſa pendet, atq; diſcutitur, alimentarius fame moriatur quæ cauſa eſt, vt alimentorum cauſæ etiam diebus feriatis audiantur, *l. 2. ff. de Ferijs*, & multa alia priuilegia ſint conſtituta, *vt patet ex Bart. & alijs ad l. Mella. ff. de Alimentis & cibarijs legatis.*

Capvt LXXVIII.

Vtrum à ſententia iudicis ſubdelegati appellandum ſit ad ſubdelegantem; an vero ad ſubdelegantis ſuperiorem, id eſt, ipſum delegantem primum.

IVriſconſultus in l. 1. §. ff. qui, & à quib. appell. ita dicit. [*Ab eo, cui quis mãdat iuriſdictionem, nõ ipſe prouocabitur*, (hoc eſt à delegato non appellatur ad delegantem.) *nam & generaliter is erit prouocandus ab eo, cui mãdata eſt iuriſdictio, qui prouocaretur ab eo, qui mãdat iuriſdictionem,*] hoc eſt à delegato appellandum eſt ad ſuperiorem ipſius delegantis.

Cęterum *in l. 1. C. qui pro ſua iuriſd.* contrarium docet Imperator. Ait enim. [*Hac teneant, niſi iudices à nobis ſpecialiter delegantibus dati, alijs cauſas delegauerint iudicandas: Nam his delegantibus nullo perſonarum, cauſarumue habito tractatu, appellationum ad eos iure iudicia remeabunt.*] Hoc eſt à delegatis iudicibus, ad ipſos delegantes appellabitur non ad Principem, qui delegauit, ac delegante ſuperior eſt.

Bartolus *in d. l. 1. §. 1.* diſtinguendum putat inter Principis delegatum, & alterius. Si Principis delegatus alijs vices ſuas commiſerit, ad ipſum delegantem appellandũ erit, *vt in d. l. 1. C. qui pro ſua iuriſ.* Si vero alius quam principis delegatus id fecerit, non ad delegantem appellabitur, ſed ad ſuperiorẽ delegantis, *vt d. l. 1. §. 3. ff. qui & à quib.*

Alij exiſtimant has leges accipiendas eſſe ſecundum iuris canonici diſtinctionem, *quæ habetur in c. ſuper quæſtionum. §. Porro. de off. deleg.* nempe vt ſit delegatus totam cauſam ſubdeleget, nihil ſibi reſeruando, tunc ad ſuperiorem ipſius ſubdelegantis appelletur: ſi vero aliquid ſibi reſeruauerit, ad ipſum ſubdelegantem, *vt in c. ſi delegatus, de officio deleg. lib. 6. Ita gloſſ. in d. c. ſuper quæſtionum, §. Porro, Abbas & Imolen. ibid. Franc. in c. Dilecti. 3. numer. 30. de appell.* Io. Longouallus *ad l. Imperium in 2. par. num. 9. ff. de iuriſ. omn. iud.* vbi ita ſcribit. [*Ex cuius. §. Porro diſpoſitione & doctrina puta l. Vnicam. C. qui pro ſua iuriſd. eſſe variandam & declarandam. Nam ſi delegatus Principis totam cauſam ſubdeleget, (Ad nos) in ea legendum erit, (hoc eſt, appellationem interponendam eſſe ad ipſum Principem.) Si vero partem: ſcribemus. Ad eos, ſcilicet ad delegantem, iure remeabit appellatio.*]

Ego in hac re ſic ſtatuo. Quod attinet ad antinomiam, nullam eſſe. Nam hæc duo differunt mandare iuriſdictionem & iudicem dare, ſiue delegare. l. Cum Prætor. ff. de iudicijs ibi. [*Is quoque cui mandata eſt iuriſdictio, iudicem dare poteſt.*] Itaque mandatur iuriſdictio in vniuerſum, vel quo ad vnam ſpeciem, Iudex vero datur in vna cauſa particulari, vel in articulo vnius cauſæ. *Vide Longouallum loco annotato, n. 2. Soc. in l. 1. ff. quis, & à quo appell. Alciatum in rubr. extr. de off. ordin. Cantiunculam lib. 2. de off. iudicis. cap. 2. verſ. Hoc autem loco. Fredericum Scotum ad rubr. ff. de officio eius, &c. nu. 48.*

Textus ergo in d. l. §. 1. ff. qui & à quib. loquitur de iudice, cui mandata eſt iuriſdictio, & qui alteri eam mandat: quare nõ ad ipſum, ſed ad ſuperiorẽ eius appellari debet. Ratio eſt, quia is cui iuriſdictio mandata fuit, nihil propriũ habere dicitur, ſed eius, qui mandauit iuriſdictione vti, *l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. eius, cui mand. eſt iuriſd.* Itaque videtur quodammodo ſententia ab ipſo mandante lata: & ſic ad eum appellari non debet, quaſi videatur idem auditoriũ, ac Tribunal. ſicuti de Epiſcopo & eius Vicario dicitur *in c. 2. de Conſuetud. lib. 6. & in c. Romana, de appell. lib. 6.*

Textus vero in d. l. Vnicam. C. qui pro ſua iuriſd. loquitur in iudice dato, ſeu delegato à Principe, qui alij ſu[illegible] deleg[illegible]uit cauſam, ſic enim ait textus. [*N[illegible] iudices à nobis ſpecialiter delegantibus dati, &c.*] A iudice autem

autem ſeu delegato ſecundum iuris regulas appellari debet ad delegantem, *l. 1. & l. 3. ff. qui, & à quib. Imperatores. ff. de appellat. & relatio.* Ratio eſt, quia debet gradatim appellari, vt ibi dicitur.

Quod vero ad quæſtionem ipſam propoſitam attinet, exiſtimo diſcrimen eſſe ſtatuendum inter ius canonicum & ciuile Iure canonico, ſeruabitur quod eſt in d. c. ſuper quæſtionem §. Porrò, & in d. c. ſi delegatus. Iure autem ciuili, quod habetur in d. l. Vnica. & in d. l. Imperarores. ff. de Appell. & relatio. & in l. 1. & 3. ff. qui & à quib. Eſt enim aperta hac in re diuerſitas, vt patet ex dictis legibus. Sic enim conſtitutum eſt in d. l. Imperatores. [*Iidem reſcripſerunt à iudice, quem à Præſide prouincia quis acceperat, non rectè Imperatorem appellatum eſſe; ideoqúe reuerti eum ad Præſidem debere.*] Vides in hac lege ad delegantem appellari. Idem habetur in d. l. Vnica. Nec enim ea variatio admitti poteſt, quam commemorat Longouallius, quoniam omnes Codices habent, *Ad eos,* nôn autem *ad nos.* Et in l. 1. & 3. ff. qui & à quibus. [*Dato,* inquit textus: *iudice à Magiſtratibus populi Romani, cuiuſcunque ordinis, etiamſi ex authoritate Principis, licet nominatim dederint, ipſi tamen magiſtratus appellabuntur.*]

Quid verò canones? Audi. [*Porro* (verba ſunt Pontif. Max.) *cum delegatus à nobis iuriſdictionem ſuam in alium transfert totam, ſi fuerit appellandum, non ad eum; ſed ad nos appellari debebit. Cum autem ſibi aliquid de iuriſdictione reſeruat, ſi cauſſa ſit ei, appellatione remota, commiſſa, non ad nos, ſed ad eum poterit de iure appellari.*] Hactenus text. *in d. c. ſuper quæſtionem. §. Porrò, de off. de leg.*

Vides nonnihil differre Canones & leges. Quare vtrumque ius obtinebit in ſuo cuiuſque foro, nec aliquod abſurdum inde ſequitur. Cùm & in alijs hæc iura nonnihil diſcrepent in eadem appellationum materia.

CAPVT LXXIX.

An poſt lapſum anni ſententia, à qua appellatum eſt, poſſit executioni mandari, quaſi appellatio deſerta ſit.

ANnus appellanti conceditur ex die appellationis interpoſitæ, ad eam proſequendam, ac finiendam, & ex cauſa biennium, *vt in Authent. ei qui. C. de temp. appell. in c. cum ſit, de appellation. & in Clemen. Sicut, eo tit.* Sed vtrum elapſo primo anno ſententia lata ſit executioni mandanda, nonnulla eſt controuerſia.

Et quidem negant exequendam, & biennij lapſum expectandum eſſe contendunt. *Bartolus in d. Auth. Ei qui, Baldus in l. Eos, colum. 2. C. de appell. & ibi Salicetus, numer. 6. Alex. ad Bar. in d. Auth. Ei qui. Felinus in cap. ex parte 2. col. 7. de reſcript. Francus, in c. ex ratione, num. 5. de appellatio.* his potiſſimum argumentis.

Primò, per lapſum primi anni certum eſt appellationem deſertam nõ dici, ſi aliquod impedimentum fuerit, *vt in d. Auth. Ei qui.* Cum ergo impedimentum intercedere potuerit, iudicare debemus illud interceſſiſſe, ne appellatio deſerta eſſe cenſeatur. Hæc enim eſt benignior interpretatio.

Secundò, id probari poſſe videtur ex ipſa Authent. Ei qui, dum ibi ſemel atque iterum habetur, poſt biennij lapſum ratam manere ſententiam.

Tertiò, ex Auth. Si tamen, C. de temp. appell. ibi. [*Et propterea biennium tranſeat, intra quod oporteat appellationem finiri, &c.*] Quibus verbis patet, biennium eſſe conſtitutum ad finiendam appellationem: Ergo ante hoc tempus ſententia executionem habere non poteſt.

Verùm iſtis non obſtantibus contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, nempè executioni eſſe mandandam ſententiam lapſo primo anno, niſi iuſtum allegetur, ac probetur impedimentum, propter quod expediri cauſa non potuerit appellationis. *Ita docuerunt Innocentius & Imola in c. ex ratione de appellat. Angelus in conſil. 310. num. 2. Maranta part. 6. de appellationib. num. 220. Senatus Pedemontanus apud Oſaſcum, deciſ. 28.*

Probatur hæc ſententia. Primum ex l. vltim. §. illud, C. de temp. appell. in illis verbis. [*Iubemus eundem appellatorem, niſi obſeruauerit iudicium, & cauſſam vſque ad finem peregerit, ſed etſi per eum ſteterit, quò minus omnia litis cer[illegible] impleantur, nec appellatione defraudari, & ſententiam contra eum latam in ſuo robore durare, & ad effectum perduci, tanquam ſi ab initio*

 nulli-

minimè fuerit prouocatum. Niſi ipſe appellator euidentiſsimis probationibus poſsit oſtendere, ſe quidem ſumma ope niſum, voluiſſe litem exercere, per iudicem autem ſtetiſſe, vel aliam inexonerabilem cauſſam ſubſecutam, propter quam hoc facere minimè valuit.]

Quodnam verò tempus ſit, intra quod finienda ſit appellatio, initio legis habetur, nempe annum eſſe, ibi. [*Et in deſidia reliquum tempus permaneat; & annale tempus poſt inchoatam litem præterierit, &c.*]

Secundò, probatur hæc ſententia ex Clem. Sicut de appellatio. *Sicut appellationem iudicialem, ſic & extraiudicialem intra annum à die interpoſitionis ipſius, vel à die illati grauaminis, vbi à futuro grauamine appellatur, proſequi & finire tenetur appellans. Quod ſi, iuſto impedimento ceſſante, nõ fecerit, debebit eius appellatio deſerta cenſeri.*] Hactenus ſummus Pontifex.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, negando illam conſequentiam. Potuit impedimentum interuenire, ergò interuenit. Non valet argumentum de potentia ad actum, ad affirmandum, *l. non hoc, C. vnde legit.* Et text. docet, *in d. l. vlt. §. illud.* impedimentum eſſe probandum ab appellante, non autem allegandum duntaxat.

Ad ſecundum reſpondeo, textum in d. Auth. Ei qui, non obſtare, ſic enim ait: [*Ei, qui appellat impertitur annus, intra quem, ſecundùm ſe, communiterve cum aduerſario litem exequatur, aut ſi iuſta cauſſa interceſſerit, alius annus indulgeatur, quo tranſacto, lite non completa, rata manet ſententia.*]

Illa verba, *quo tranſacto* (ſcilicet biennio) *rata manet ſententia,* nihil obſtant, quia intelliguntur, quoniam alter annus ex iuſta cauſſa indulgetur. Sed nos dicimus indulgendum non eſſe, niſi probetur iuſta cauſſa ab ipſo appellante.

Ad tertium eadem reſponſio valet, quia quando dicitur in d. Auth. ſi tamen; [*Intra biennium oportet appellationem finiri.*] intelligendum eſt, cùm elapſo primo anno, ex iuſta cauſſa biennium indulget; Etenim iuſta cauſſa ceſſante, lapſo primo anno, appellatio deſerta cenſetur, *vt in d. Cl[illegible]ut, de appellat.*

Capvt LXXX.

Vtrum Iudex teneatur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria?

IVdicem, à cuius interlocutione appellatur, regulariter non teneri appellationem interpoſitam admittere, Authores ſunt gloſſ. & Francus *in cap. de priore, de appellat. & Angel. in l. quoniam Iudices, C. eod. tit.*

Quorum illud eſt argumentum; quia ſi appellationi deferre teneretur, appellatione admiſſa, vlterius de cauſſa cognoſcere non poſſet, *c. Cùm appellationibus, de appellat. lib. 6.* Certum eſt autem ipſum iudicem appellatione interpoſita non obſtante, in cauſa cognoſcenda procedere poſſe, antequam inhibeatur, *vt in c. Romana. §. ſi verò, & cap. non ſolùm, de appellat. lib. 6.*

Verùm iſtis nil motantibus, contrariam ſententiam amplector, *Decium ſecutus in d. c. de priore, & Roman. in conſil.* 501. Sic autem ſtatuo. Si talis cauſſa fuerit allegata, ab eo, quia prouocauit, quæ ſi vera eſſet appellatio, meritò fuiſſet interpoſita, iudicem debere appellationi deferre. Moueor ex c. debitus, de appell. vbi ſummus Pontifex monet appellantem, vt cauſam probabilem appellationis exponat: [*talem videlicet* (inquit) *quæ ſi foret probata, deberet legitima reputari, & tunc ſuperior de appellatione cognoſcat, & ſi minus rationabiliter eum appellaſſe conſtiterit, illum ad inferiorem remittat.*] His verbis colligitur, ſi cauſſam adferat appellans iuſtam, ac probabilem, appellationem eſſe admittendam, alias ſecus.

Idem clariùs colligo ex c. Cordi, de appellat. lib. 6. vbi S. Pontifex ita dicit: [*Sancimus igitur, vt ſi quis in iudicio, vel extra ſuper interlocutoria, vel grauamine aliquo ad nos duxerit appellandum, cauſam appellationis in ſcriptis aſſignare deproperet, petat apoſtolos, quos ei præcipimus exhiberi. In quibus appellationis cauſſam Iudex exprimit, & cur appellatio non ſit admiſſa, vel ſi appellationi forſan, ex ſuperioris reuerentia ſit delatum, &c.*]

His verbis ſummus Pontifex apertè indicat, appellationem eſſe admittendam, ſi iuſtam cauſam, vt ſupra dictum eſt, appellans

lans allegauerit; nam iudex non teneretur illam admittere, non teneretur etiam cauſam allegare ſummo Pontifici, cur eam non admitteret.

Secundò moueor ex c. Romana. §. Quod ſi objciatur, de appell. lib. 6. [*Quod ſi objciatur*, inquit textus, *ex iniuſta cauſa, ſeu minus legitima, ante ſententiam appellationem interpoſitam extitiſſe, & ex eo non eſſe appellationem huiuſmodi admittendam, nequeunt prædicti, & cætera.*] Quibus verbis apparet appellationem admittendam non eſſe, vbi ex legitima cauſa interpoſita non eſt. Igitur admittenda erit, ſi ex cauſa legitima interponatur.

Cauſam verò legitimam appello, vt iam dixi, quæ ſcilicet, ſi probata eſſet, legitima cenſeretur, *vt in d. c. vt debitus, de appellat.*

Poſtremò appellationibus friuolis deferendum non eſt, *c. Cùm appellationibus, de appellat. lib. 6.* Ergo legitimis eſt deferendum. Quare cùm ab inter locutoria Iure Canonico liceat appellare, Iudex appellationem admittere debet, ſi fuerit legitima, & non friuola, hoc eſt, ex cauſa minus probabili interpoſita.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ, reſpondeo; Iudicem à quo eſt appellatum, non poſſe de cauſa cognoſcere, poſtquam appellationem admiſit, quia dicitur à ſe iuriſdictionem abdicaſſe, *vt in d. c. Cùm appellationibus, de appellat. lib. 6.* Sed ſi appellationem non admittat, tunc procedere in cauſa poteſt, antequam inhibeatur. Quod ſi appellationis cauſam, veram eſſe conſtiterit, reuocabitur, ita loquuntur Canones in argumento citati, *c. non ſolùm, de appellat. lib. 6.* Si verò minus rationabiliter appellatum fuerit, appellans ad iudicem inferiorem remittendus erit, à quo ſcilicet appellauit, & in expenſis condemnandus, *vt in c. vt debitus, de appellat.*

CAPVT LXXXI.

Vtrum appellans probare debeat, ſe iuſtè appellaſſe, & perperam fuiſſe iudicatum; an verò appellatus, iuſtè pronuntiatum, & perperam appellatum.

APpellanti onus incumbere probandi ſe iuſtè appellaſſe, indicare videtur text. *in l. Hi quid ad Ciuilia, C. de appellat.* in illis verbis: [*Cùm igitur ad munus vocatus appellaueris, apud Præſidem prouinciæ te iuſtè appellaſſe oſtende.*] Sed contrarium Imper. docet *in §. Illud, in Auth. de his qui ingrediuntur ad appellan.* Ait enim: [*Ita potiantur victores ſententiis, ſi eas rectè habere monſtrauerint.*]

Bart. *in d. l. Hi qui.* tres caſus diſtinguit: Primùs cùm quæritur, an ritè, hoc eſt, legitimo tempore fuerit appellatum; & tunc appellanti incumbit onus probandi. Secundus cùm quęritur, an iuſtè fuerit appellatum, & tunc ſi ex negatione fundatam habeat intentionem appellans, ei ſufficit dicere, ſe iniuſtè condemnatum, & acta exhibere. Si verò ex teſtibus vel inſtrumentis pendeat probatio, tunc probando onus ad eum pertinet in cauſa appellationis, ad quem pertinet in cauſa ipſa principali, *l. per hanc, C. de temp. appellat. l. eos. §. 1. C. de appell.* Si tamen ex litigatoribus vnus tantùm appellationem proſequatur, altero abſente, tunc is probare debet, qui proſequitur, *§. illud, in Auth. de his qui ingrediuntur ad appell.*

Bartolum ſecuta eſt Capella Tholoſana *deciſ.* 341. Sed quod attinet ad primum diſtinctionis membrum, contrarium decidit Rota *deciſ.* 316. Item ſi poſſeſſor in nouis. vbi decidit, non incumbere id onus appellanti, vt doceat ſe intra decem dies appellaſſe, ſed aduerſario, vt contrarium demonſtret, *Idem docet Francus in c. 1. numer. 11. de appellat. & in c. Bonæ, colum. 8. verſ. Octauò debet appellans, eodem tit.*

Fundamentum eſt, quia tempus appellanti currit à die ſcientiæ, non autem à die ſententiæ latæ, *c. Concertationi, de appell. lib. 6.* Ignorantia verò præſumitur, *l. Verius. ff. de probationibus.* Ergo probandum eſt, appellantem ſciuiſſe, ſententiam datam, & ex eo tempore intra decennium non appellaſſe.

Quod verò Bart. dixit in ſecundo membro diſtinctionis, ſi vnus tantùm ex litigatoribus appellationem proſequatur, altero negligente, onus ad eum ſpectare probandi, ſe iuſtè appellaſſe, viſum eſt iniquũ Præ-

poſi. *inc. Vt debitus. de appellat.* & Auferrio *in Additione ad Capellam Tholoſanam dicta, deciſione 341.*

Ego verò ſic ſtatuo, Bart. rectè locutum eſſe, ſi rectè intelligatur. Aut enim appellans fuit præſens ſententiæ latæ, & tunc cum ſcientiam habeat, tenetur appellare intra decem dies, & id probare ſe feciſſe, neque enim præſumitur, *argum. l. Quicunque. §. Qui à pupillo. §. de publiciana*: Aut abſens fuit & tunc diuerſa ſententia locū habere poteſt.

Quod verò attinet ad alterum caput ſeu membrum diſtinctionis Bartoli, ſimili modo diſtinguendum eſt, vt ſiquidem is, qui proſequitur appellationem, altero abſente, ex ſol. productione ſententiæ contra ſe latæ præſumptionem habeat pro ſe, veluti, ſi tanquam debitor fuerit condemnatus, & ſe debitorem eſſe neget, tunc probare non debeat ſe iuſtè appellaſſe: quia aduerſarius eius, qui eſt actor, probare debet; *l. Actor quod aſſeuerat. C. de probat. & ita accipiendus eſt text. in § Illud in Auth. De his, qui ingrediuntur ad appellatio.* Si verò appellans pro ſe non habeat præſumptionem, ac, vt dicitur vulgò, intentionem fundatam, tunc is probare debet, ſe rectè appellaſſe. Veluti ſi actor, qui ſe creditorem eſſe contendit, in prima ſententia ſuccubuerit, & ab ea appellauerit, non habet intentionem fundatam, ſed probare debet ſe creditorem, atque adeo ſe iuſtè appellaſſe. Ita accipiendus eſt text. & doctrina Bart. *in d. l. Hi qui ad Ciuilia. C. de appell.* Etenim appellatio rem in eum ſtatum reuocat, in quo erat ante ſententiam, *l. apellat. C. de appellat.* Sed in prima inſtantia ante latam ipſam ſententiam à primo Iudice, doctori onus probandi incumbebat, ergo & in cauſa appellationis incumbet. *Vide Menoch. de Præſumpt. lib. 2. c. 95.*

Capvt LXXXII.

Vtrum ſit locatio, an verò alius contractus, cum pro mercede pecunia non datur, ſed aliud.

Communis eſt, & vera ſententia, locationem eſſe, cum pro mercede pecunia datur, ſi verò aliud quam pecunia, alium eſſe contractum. *Ita docet gloſſ. in l. 5. §. 1. ff. de Præſcript. verb. in l. ſi olei. C. Locati. & in l. 1. §. ſi quis ſeruum. ff. depoſiti. & Bar. & alij in dictu locis. Ant. Gomeſ. de contract. c. 3. numer. 3. & recentiores, Balduinus, Eguinarius, & alij in Inſtit. de locato, in prin.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex d. l. 5. §. At cum do. ff. de Præſcript. verb. [*At cum do, vt facias, inquit text. ſi tale ſit factum, quod locari ſoleat, puta, vt tabulam pingas pecunia data, locatio erit, ſicut ſuperiore caſu emptio, ſi res ſit, non erit locatio, ſed naſcetur, vel Ciuilis actio in hoc, quod mea intereſt, vel ad repetendum condictio.*]

Secundum eſt ex d. l. 1. §. Si quis ſeruum. ff. depoſiti in illis verbis: [*Quod ſi operæ eius ſerui cum cuſtodia compenſabantur, quaſi genus locati & conducti interuenit; Sed quia pecunia non dabatur, præſcriptis verbis datur actio.*]

Contrariam ſententiam defendit Ioannes Coraſius *libro 2. Miſcellan. cap. 11.* nec non Arius Pinell. *ad legem 2. C. de Reſcin. vend. in 2. part. Rubr. c. 3. num. 20.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. ſi olei. C. locati. [*Si olei certa ponderatione, inquit textus, fructus anni locaſti, de contractu bonæ fidei habito propter hoc ſolum, quod alter maiorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.*]

Secundum eſt ex l. Et hæc diſtinctio. §. vlt. ff. eod. tit. in illis verbis: [*Si proponatur inter duos, qui ſingulos proprios fundos haberent, conuenisſe, vt alterius fundum, ita conductum haberet, vt fructus mercedis nomine penſarentur, &c.*]

Tertium ex l. Licet. C. eod. tit. ibi. [*Certis annuis quantitatibus.*] quæ verba non magis ad mercedem in pecunia, quam in fructibus applicari poſſunt; pro qua ſententia facit etiam text. in l. excepto. C. eodem tit.

Quartum eſt ex l. Si merces. § vis maior. ff. eod. tit. ibi: [*Apparet autem de eo nos Colono dicere qui ad pecuniam numeratam conduxit, alioquin partiarius Colonus, quaſi Iure ſocietatis, & damnum, & lucrum cum domino fundi partitur.*] Quibus verbis apparet prædium conduci poſſe, ita vt pecunia, vel fructus præſtentur.

Quintum ex § Adeo. in Inſt. de conduct. & locat. ibi: [*Quamdiu penſio, ſiue reditus præſtentur, &c.*]

Ad text. in l. 5. §. At cum do, reſpondet Coraſius, verbum *pecunia*, eo in loco omnes res ſignificare, *iuxta l. vltim. C. de conſtituta pecunia.* Aliter etiam Pinellus reſpondet; nem-

nempe illa verba : *Si res ſit*, referri ad differentiam facti, vel rei locationem deductæ, non autem ad mercedem ipſius. Sed hæc & ſimilia, quæ iſti adferunt, non tanti ponderis mihi eſſe videntur, vt quempiam à communi ſentẽtia amplectenda deterreant. Ea enim ſatis luculenter probatur ex duabus legibus allegatis. Et quod Coraſius dicit, plane eſt improbabile, nempe pecuniæ verbum, *in d.l.5.§. At cum do.* omnes res ſignificare. Nam eo in loco pecunia opponitur rei, ſiue alijs rebus. [*Pecunia data*, inquit textus, *locatio erit, Si res ſit, non erit locatio*,] hoc eſt, ſi res detur, quæ non ſit pecunia, non erit locatio. Confirmatur hęc interpretatio, Nam textus dicit: [*Pecunia data, locatio erit, ſicut ſuperiori caſu emptio.*] Conſtat autem in emptione requiri pecuniam numeratam. Minus vero probabilitatis habet Pinelli ſententia, alio referentis illa verba : *Si res ſit*, contra apertam Iuriſconſulti mentem hoc diſcrimen ſtatuentis, vt ſi quidem pecunia detur ſit locatio, ſi vero aliud quam pecunia, non ſit locatio.

Itaque cum ſatis clara ſint loca, quibus ſententia communis fulcitur, Ego conuenientius eſſe iudico, alias leges, quæ obſcuriores eſſe videntur, declarandas eſſe ex magis claris & perſpicuis, quam è contrario.

Igitur quod attinet ad l. Si olei. Reſpondeo, illud verbum *Locaſti*, ibi improprie vſurpatum eſſe: nec mirum, quia etſi pecunia non detur, videtur tamẽ eſſe quoddam genus locati & conducti, *vt in d.l.1. §. Si quis ſeruum.ff.Depoſiti.*

Ad l.Et hæc diſtinctio.§.vlt. reſpondeo, Non hoc velle Iuriſconſultum ibi, vt locatio ſit, cum fructus dantur pro mercede, ſed quando merces conſtituitur in pecunia numerata, ita tamen vt fructus mercedis nomine compenſentur. Aut ſi ſecus Iuriſconſultus dixerit, non erit proprie locatio.

Ad tertium reſpondeo, illa verba, [*Certis annuis quantitatib.*] accipienda eſſe de pecunia, ſi proprie ſit locatio, non autem de alijs rebus vbi locatio propria non ſit & vera, quæ reſponſio valet etiam ad d.l. Exceptio.

Ad quartum reſpondeo. Inter Colonum partiarium, locationis cõtractum proprie non eſſe, ſed potius ſocietatis, *vt habetur in d.l.Si merces.§.Vis maior.*

Quintum nihil obſtat, quia Imperat. *in d.§. Adeo* loquitur de contractu emphyteuſis, in verbis, quæ ponderantur.

Cætera quæ Pinell. adducit *loco annotato*, mihi videntur eſſe leuiora, quam vt confutatione egeant.

Capvt LXXXIII.

Vtrum, ſi quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & ad illud tempus illum conduxerit, deinde finito tempore, in conductione manſerit, cenſeatur tempus redimendi prorogatum eſſe.

In propoſita ſpecie renouatam videri locationem & conductionem cum eodem redimendi pacto reſpondit Alex. *in conſ.28. lib.4.* quem refert & ſequitur Menoch. *de præſumpt.lib.3.c.85.nu.21.* Et fundamentum eſt in l.Item quæritur. §.qui impleto.ff.Locati. in illis verbis. [*Etiam pignorum videtur durare obligatio, &c.*] Item quia temporis prorogatio cenſetur facta cum eiuſdẽ qualitatibus ex regula deſumpta, ex l.Lecta.ff. Si certum petatur: Præſertim vero quia pactum huiuſmodi, videtur eſſe pars pretij. *l. Fundi partem.ff.de contrahen.emptio.*

Verum iſtis nil motantibus contrariam ſententiam veriorem eſſe exiſtimo, nempe locationem quidem renouatam cenſeri, ſed non pactum redimendi ad longius tempus prorogatum videri. *Ita reſpondit Alexander ſibi contrarius in conſil.76.libr.5. Gozadin.ad leg.2.C.de Reſcind.vendit.quæſtione 31. Cagnol.ibid.quæſt.58. Alios refert nouiſſime Ioſephus Maſcardus. de Probation. volum. 2. concluſ. 992.num.4.& 5.*

Probatur hæc ſententia ex regula generali : Quoties obligationi certum tempus eſt conſtitutum, ſi poſt tempus agatur, obſtat exceptio.l. Eum qui ita ſtipulatur.§.Qui ita.ff.de verb.oblig. Cum ergo venditor ſtipulatus fuerit, ſibi ius ac poteſtatem redimendi intra quinquennium

concedi, elapſo quinquennio redimere volenti obſtat exceptio.

Ad text. in d. l. Item quæritur. §. qui impleto reſpódeo, illum textum loqui de obligationibus & hypothecis ad locationem ipſam pertinentibus. Ità vt renouata locatione, renouatæ etiam intelligantur cæteræ obligationes, quæ ipſam locationem comitantur. Quæ reſponſio valet etiam ad regulam. l. Lecta. ff. ſi certũ petatur. Quod vero dicitur pactum eſſe partem pretij, nihil obſtat, quia intelligitur eſſe pars pretij, ſecundum tempus conuentioni adiectum. Quare tempore conuentionis elapſo, is, qui vendidit, ſumma ratione redimendi facultate priuatur.

Caput LXXXIV.

Vtrum, ſicut locatio finito tempore, renouata dicitur ex vtriuſque partis taciturnitate, iuxta l. Item quæritur. §. Qui impleto. ff. locati, ita etiam Emphyteuſis renouata intelligatur.

Reſpondet Iaſ. *in l. 1. numero 66. C. de Iure Emphyt.* renouatam nõ cenſeri, quia Emphyteuſis requirit ſcripturam, *vt in l. 1. C. de Iure Emphyt.* vbi autem ſcriptura requiritur, tacita recõductio locum non habet, *vt in dicto §. qui impleto, in vltimis verbis.* Eandem ſententiam habuit Alexan. *conſ.* 73. *lib.* 5. Ruin. *conſ.* 61. *nu.* 6. *lib.* 1. Crauetta *conſil.* 87. *n.* 3. Iacob Menoch. *de Præſumpt. li.* 3. *c.* 85. *num.* 6.

Addit Alexan. hanc rationem. Quod ſi Emphyteuſis renouata intelligeretur id eſſet, argumento à locatione ſumpto, *vt in d. §. qui impleto.* ſed tale argumentum ſumi non poteſt, quia diuerſa eſt ratio inter locationem & Emphyteuſin. Per Emphyteuſin ius in rem, atq; adeo vtile transfertur dominium. Per locationem vero non æque.

Contrarium placuit Ludouico Romano *in conſil.* 103. & Alciato *in tract. de præſump. reg.* 2. *Præſumpt.* 17. *nu.* 3.

Mouetur Romanus nõ ſolum argumento de locat. ſumpto ex d. §. qui impleto. verum etiam quia datur tacita Emphyteuſis renouatio, ſi enim Emphyteuta canonem non ſoluat per triennıũ, excluſus ac priuatus iure Emphyteutico dicitur, & tamen ſi poſtea ſoluat, Domino conueniente, renouatio Emphyteuſis tacite facta dicitur.

Quod vero dicebatur ad Emphyteuſin ſcripturam requiri, & idcirco tacite renouari non poſſe, reſpondet Roman. conſuetudine haudquaquam eſſe id receptum.

Verior videtur mihi communis ſententia, quia quidquid Romanus de conſuetudine dicat, quæ in locis illis eſt obſeruanda, in quibus viget l. de quib. ff. de legibus, illud certum eſt, de Iure ſcripturam eſſe neceſſariam ad Emphyteuſin conſtituendam, propter illa verba, l. 1. C. de Iure Emphyt. ibi *ſcriptura interueniente*, vt tradunt Iulius Clar. *lib.* 4. *ſentent. q.* 4. & Ioſeph. Maſcard. *de probationib. nu.* 2. *concluſ.* 602. *qui alios multos commemorant.* Conſequenter tacito conſenſu abſque ſcriptura conſtitui non poteſt.

Non obſtat, quod Romanus adducit de Emphyteuta priuato propter canonem nõ ſolutum Domino, renouatio enim Emphyteuſis per canonis receptionem fieri dicitur, non principaliter, ſed per conſequentiam. Nam per receptionem canonis pœna remiſſa videtur, remiſſa autem pœna manet ſaluum Ius Emphyteutæ, quod prius habuit, ante ſcilicet quam priuatus eſſet, & multa permittuntur in conſequentiam, quæ principaliter non conceduntur, *l.* 1. *ff. de author. tut.*

Caput LXXXV.

Vtrum conductor gratia colligendorum fructuum ſumptus in rem conductam factos, repetere à locatore poſſit, quando ad perpetuam rei vtilitatem facti ſunt.

Reſpondit Paulus Caſtrenſis *in conſ.* 270. *lib.* 2. Tales ſumptus repeti non poſſe. Primo, quia videntur eſſe facti, gratia colligendorum fructuum, *l. Sumptus. ff. de rei vendic. l. Diuortio. § Impendia. ff. ſoluto matrimo.*

Secun-

Secundo, quia conductor eſt obligatus omnia facere, quæ pertinent ad vtilitatem & culturam agri, *l. Item ſi fundi. ff. de Vſufruct. l. Si merces. §. conductor. ff. locati.* Tertio, quia conductor ipſe eam ob cauſſam vberiores fructus percipiet, *arg. l. vlt. ff. de aqua plu. arcen. & l. Si merces. §. Vis maior ff. locati.*

Verum iſtis non obſtantib. contrariam ſententiã amplector vna cum Ruin. *in conſ. 135. lib. 3.* & Rolando à Valle *in conſil. 28. li. 1.* Moueor hoc argumento, conductor repetere ſumptus poteſt qui cadunt in perpetuam vtilitatem rei conductæ, *l. Colonus, l. Dom. horreor. §. 1. ff. locati.* Tales ſunt ſumptus de quibus agitur, Ergo, &c.

Non obſtat primum argumentum, quia intelligitur de ſumptibus qui ſolent fieri vt plurimum, veluti in arando, ſerẽdo & ſimilibus, ſecus eſt in his ſumptibus, qui pertinent ad perpetuam rei vtilitatem, nec ita ſoliti ſunt fieri, neque neceſſarij.

Ad ſecundum, negatur conductorem obligatum eſſe ad tales ſumptus faciendos: licet enim tenetur agrum colere, non tamen obligatus eſt, ad ſumptus ingentes faciendos, quo longe melior & pretioſior reddatur.

Ad tertium reſpondeo, rationem habẽdam non eſſe eius vtilitatis & commodi, quod conductor percipiet, quia temporaneum eſt, & non perpetuum, & ſi ratio habenda eſſet, nunquam ſumptus tales repeti poſſent, quoniam nunquam fere accidere poteſt, vt res locata melior & pretioſior reddita, maiora commoda & emolumenta non adferat, & tamẽ certum eſt, huiuſmodi ſumptus repeti poſſe, quod ſumma ratione conſtitutum eſt, vt ſcilicet locator, qui eſt dominus rei, & qui perpetuam vtilitatem eſt percepturus, onus illud ſuſtineat refundendorum ſumptuum conductori, *l. ſecundum naturam. ff. de reg. iur.*

Capvt LXXXVI.

Si conductor ſuſcipiat in ſe periculum caſus fortuiti, & caſus inſolitus contingat, vtrum ad illum, an vero ad locatorem pertineat.

Reſpondendum videretur ad locatorem pertinere, quia is, qui ſuſcipit in ſe periculum caſus fortuiti, cenſetur cogitare de ſolito, non autem de inſolito, *ex notatis per Bartol. in l. Sed etſi quis. §. quæſitum. ff. Si quis cautionibus. Ripam in tracta. de peſte, rubric. de priuilegiis contractuum tempore peſtis, numer. 97. Boſſium de remiſſione conductori facienda, numero ſexageſimo ſexto, vbi dicit hanc ſententiam communem eſſe. Menoch. de arbit. Iud. caſu 80. Andr. Gaill. lib. 2. pract. obſeruat. cap. 23. & probatur ex l. Fiſtulas. §. Frumenta. ff. de contrah. emptione.*

Contrarium tamen mihi videtur verius, ex l. Si quis fundum. ff. locati. vbi dicitur ſtandum eſſe pacto, ſi quis locauerit fundum ea lege, vt etiam ſi quid vi maiore accidiſſet, præſtaretur ei merces. Vis autem maior intelligitur omnis vis tempeſtiuoſæ calamitatis, cui reſiſti non poteſt, *vt in l. Ex conducto. §. Si quis tempeſtatis. ff. eodem.* Vnde ſaltem in genere, de omni caſu fortuito, ſiue ſolito, ſiue inſolito, cogitatum videtur ea pactione. Nec dicitur caſus fortuitus, niſi raro contingat, *vt dicebat Baldus in d. l. Sed etſi quis. §. Quæſitum. ff. Si quis cautio. qui propterea diſceſſit à ſententia Bartoli, Sicut ab eadem diſceſſerunt Angel. Fulgoſ. Caſtrenſ. & Alexander in dicto §. quæſitum. Imola in cap. t. de locato. Iaſon in conſ. 107. lib. 1. Crauetta in conſil. 294. num. 8.*

Et reuera ille text. in dict. §. Frumenta, nihil facit pro altera ſententia. Eius verba hæc ſunt. [*Frumenta quæ in herbis erant, cum vendidiſſes, dixiſti, te, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet, præſtaturum. Ea frumenta corruperunt. Si immoderatæ fuerunt, & conſuetudinem tempeſtatis, agi tecum ex empto poterit.*

Senſus legis eſt, eum qui vendidit frumenta in campis exiſtentia, ſi promiſit emptori ſe præſtaturum id, quod vis, ac tempeſtas mala damni attuliſſet, eum ex hac promiſſione teneri, ſi damnum niues immoderatæ intulerunt, & contra conſuetudinem ſæuientes, non ſi ordinariæ, mediocres & moderatæ ſunt: quia cum tempore hyemis ningere ſoleat, non cenſetur emptor damnum ex moderata niue ac ſoli-

ſolita tēpeſtate timuiſſe, ſed ex inſolita, nec venditor præſumitur voluiſſe obligate ſe ex cauſa cuiuſcunq; damni euenientis. Quæ res nihil iuuat ſententiam dictam, imo alteram, quam ſequimur, potius confirmat.

Caput LXXXVII.

An ſi domus conducta comburatur, locatoris damnum ſit vel conductoris.

QVæſtio eſt ſane difficilis, quam Doctores tractant *in §. Preterea. Inſtitut. quibus modis re contrahi. oblig. in l. Data opera. C. qui accuſa. non poſſunt. & in l. quæ fortuitis. C. de pigno. actio. Ex conſulentib. Alex. in conſ. 50. lib. 1. Angel. 197. Capolla conſ. crim. 69. Roland. à Valle conſ. 95. lib. 2. Ex aliis ſcriptorib. Grammat. dec. 3. Ioſephus Ludou. dec. Peruſina 25. Menoch. de Arbit. Iud. caſu 390. Andr. Gaill. lib. 2. pract. obſer. c. 21. Ioſeph. Maſcardus. lib. 2. de probationibus in verbo Incendium. Aliquid per Couar. relict. tom. 1. 2. part. c. 6. num. 14.*

Atque in duobus articulis omnes conueniunt, in vno autem diſcrepant. Inter omnes conuenit, ſi fortuito caſu incendium exortum ſit, conductorem non teneri, *ex l. Ex cōducto. §. Si vis, in fin. ff. locati. ex l. Contract. ff. de reg. Iur. & ſimilibus.*

Item conuenit inter omnes è contratio conductorem teneri, imo puniri etiam, vbi culpa, vel dolo eius incendium factum ſit. *ex l. ſi quis fundum. §. Imperator. ff. eo. l. Sicut certo. §. nunc videndum. ff. commodati. l. capitaliū. §. incendiarij. ff. de pœn.* De genere autem pœnæ conſulēdus eſt Menoch. *loco nuperrime citat.*

Controuerſia autem inter Doctores eſt in eo. Quid ſi neſciatur, vtrum culpa, vel caſu ortum ſit incendium? Aliqui enim, quorum ſententia eſt communior, dicunt conductorem non teneri, & damnum ad locatorem pertinere. Alij vero contra, eum teneri, niſi de diligentia ſua doceat. Et hæc poſterior ſententia videtur mihi verior, ea ratione, quia incendium plerumque culpa inhabitantium fit. *vt ait Iuriſconſult. in l. 3. ff. de officio præfecti vigilum.* Reſpondent omnes id verum eſſe, ſed culpam hanc leuiſſimam eſſe, de qua conductor non tenetur. allegant Gloſſ. vtrumque dicentem *in §. preterea. Inſt. quib. modis re contrahi. oblig.*

Sed non videtur bona reſponſio, quia Gloſſ. illa hoc dicit abſque lege & ratione. Verba gloſſæ hęc ſunt. [*Furtum fieri non poteſt ſine leuiſſima culpa, vt ff. pro Socio. l. Cum in duobus. vel incendium naſci abſq; leuiſſima culpa, licet non noceat (talis leuiſſima culpa) inculpabilib. vt ff. de off. præf. vigil. l. 3. §. 1. & ff. de peric. & commodo rei vendita, l. ſi vendita & ſup. proximo. §. Sic Accurſ.*] Hic §. quem citat nihil facit.

Ad probandum itaque incendium leuiſſima culpa inhabitantium plerumque oriri, & conſequenter nō nocere, adducit text. in d. l. §. 1. ff. de offic. præfect. vigil. qui non loquitur de leuiſſima culpa, ſed de culpa ſimpliciter. Item l. ſi vendita. ff. de peric. & commod. rei vendic. Sed ille textus non ſolum id non dicit, verum etiam mire adiuuat ſententiam noſtram. Verba eius hæc ſunt. [*Si vendita Inſula combuſta eſſet, cum incendium ſine culpa fieri non poſſit, quid iuris ſit? Reſpondit, quia ſine Patrisfamilias culpa fieri poteſt, neque ſi ſeruorum negligentia factum eſſet, continuo Dominus in culpa eſt. Quamobrem ſi diligentiam venditor adhibuiſſet eam in inſula cuſtodiēda, quam debent homines frugi & diligentes præſtare, ſi quid accidiſſet, nihil ad eum pertinebit.*]

Senſus legis eſt, incendium quidem regulariter abſque culpa non fieri, & plerunque inhabitantium culpa, vt alibi dicit I.C. ſed non ſtatim Patremfamilias eſſe condemnandum, qui ſi diligentiam adhibuit, nō tenetur. Diligentiæ ergo probatio excuſat patremfamilias, quod argumento eſt, ad eum alioqui incendij damnum pertinere, propterea quod in culpa præſumatur, vt habet ſententia noſtra, ſcilicet, niſi probet diligentiam.

Nonnulla alia Iuris loca citantur à Menoch. *loc. annot. num. 9. ad probandum*, ex leuiſſima culpa conductorem non teneri, nimirum l. Sicut certo. §. nunc videndū. ff. commodati, l. In iudicio, C. locati. & leg. Contractus. ff. de regul. Iur. ſed nullum in his verbum de leuiſſima culpa.

Sed dicit Andr. Gaill. *loco proxime citato.*

Ad

Ad hoc, vt quis de incendio teneatur, & condemnari poſſit, neceſſe eſt probare culpam certi hominis; quia licèt incendium culpa inhabitantium factum præſumatur, non tamen præſumitur culpa certæ perſonæ, per text. *inquit in l. Si vendita. ff. de periculo & commodo rei vend.* vbi caſus apertus; quod incendium ſine culpa patrisfamilias fieri poſſit, ergo vt teneatur conductor ex generali illa præſumptione, quæ ex habitatione ſuboritur, neceſſe eſt probare culpam certæ & determinatæ perſonæ, quæ ſi non probetur remanet incertitudo, & per conſequens ſententia condemnatoria ſequi nõ poteſt, *l. Licet. §. vlt. ff. Nautæ, caupones & Stabul. ib. Vt certi hominis factum arguamus.*

Reſpondeo; Licet d. l. Si vendita, affirmet incendium fieri poſſe abſque patrisfamilias culpa, non rectè tamen infertur patrisfamil. culpam non præſumi. Si non præſumeretur, non eſſet ei neceſſe probare diligentiam.

Nec vera eſt illa propoſitio, ſic generatim ſumpta, ſequi non poſſe condemnationem, niſi culpa probetur certæ & determinatæ perſonæ. Nam contrarium docet text. *in l. Ita vulneratus, verſ. his conſequens eſt. ff. Ad l. Aquil. vt per Menoch. de Arbit. Iud. caſu 362. num. 19.*

Quod verò dicitur in d. l. licet. §. vltim. locum habet in caupona publica, vbi ſunt plures hoſpites & viatores, quorum culpa euenire poteſt incendium, vt meritò caupo non teneatur, niſi certi hominis factum arguatur, ſi enim apparere poſſet, culpane cauponis, aut ipſius familiæ, incendium ortum fuerit, an verò hoſpitum & peregrinorum.

Capvt LXXXVIII.

Si quis locauerit rem, & conductori obligauerit omnia ſua bona, vt plerunque fit in Italia, deinde rem vendiderit, vtrum emptor poſſit conductorem expellere.

Finitur locatio, ſi locator rem vendiderit, *l. emptor. C. locati.* ſed tamen ex communi doctorum ſententia, ſi in inſtrumento locator obligauerit omnia ſua bona cõductori, vel ſpecialiter ipſam rem locatam pro contractus obſeruatione, poterit conductor rem retinere vigore talis obligationis, donec ſibi quod ſua intereſt, præſtetur, ob id quod re locata vſus non eſt, *ſicuti adnotarunt Bartol. in d. l. Emptorem. & alij, vt per Couuarr. lib. 2. variarum reſol. c. 15. numer. 5.* Et probatur hæc ſententia in l. Si credit. §. vlt. ff. de diſtract. pignor.

Controuerſia igitur eſt, ſi emptor ac ſingularis ſucceſſor offerat ipſi conductori id, quod intereſt, an poſſit eum expellere? Et poſſe communis eſt Doctorum ſententia, *de qua teſtatur Neguzantius, de pignoribus, primo membro ſecunda partis, numer. 6. & Couuarr. loco proximè dato.* Etenim conductori, cui non licet facto locatoris vti re conducta, nil aliud debetur, niſi quod ſua intereſt, eum poſſe vti re conducta, *l. Ex conducto. ff. locati, & l. Si merces. §. 1. & l. qui fundum. eodem tit.* Si ergo ei tale intereſſe offeratur, nihil habet, quòd conqueratur. Porrò à tertiò offerri poſſe probatur, *ex l. Paul. §. qui pign. ff. quibus modis pignora vel hypoth. ſoluantur, & ex l. cùm ſecundus ff. de diſtract. pignorum.*

Contrarium reſpondet Bartol. Socinus *in conſil. 90. lib. 4.* & ad ſuperius argumentum reſpondet, negando conductorem pro obſeruatione contractus, agere poſſe tantum ad intereſſe. Imò verò locator (inquit Socinus) tenetur, compelli poteſt præcisè ad præſtandam patientiam vtendi, *vt in l. ede. C. locati. & in l. Si duo. §. Si cùm inquilinus, cum ibi notatis. ff. vti poſſidetis.* qui locus nihil penitùs ad rem facit, & nihil de hac re dicit.

Ad l. æde reſpondeo, nihil facere. Dicitur ibi conductorem expelli non poſſe, ſi penſionem ſoluat, quod facilè concedo, ſed non efficitur, quin poſſit dominus eam rem alteri vendere, *vt in d. l. Emptor. C. eod. tit.* Et conſequenter quin ab emptore expelli poſſit, vt ibi dicitur.

Secundò dicit Socin. communem ſententiam non procedere, quando ſtipulatio in contractu locationis interpoſita eſt, quia illa corroborat contractum, & maiorem ei efficaciam præſtat, *iuxta l. Ex placito. C. de rerum permutation. cum ſimilibus.*

Reſpondeo ſtipulationem contractui robur addere, quoad hoc, vt actionem producat, in reliquis naturam ſequi contractus ſuper quo interponitur, *l. 2. §. Si quis ſub conditione. ff. vt legatorum nomine caueatur, & ex l. Si ſtipulatus. ff. de Vſur. & ſimil.* Quare cum natura locationis ſit vt non impediat alienationem rei locatæ, dominijque eius in alium translationem, *vt d. l. emptorem.* ſequetur, ſtipulationem haudquaquam immutare ius emptoris, & ſingularis ſucceſſoris poſſe.

Tertiò Socinus dicit, memoratam concluſionem non habere locum, vbi iuramentum in locatione interpoſitum eſt, ſimul cum bonorum obligatione, quia illud præcisè obligat ad obſeruanda promiſſa. Et Socinum ſequi videtur Couuarr. *loco ſuprà citato,* licèt ſubdat dubiam eſſe hanc Socini ſententiam, cùm hic non tractetur de vinculo iuramenti reſpectu, iurantis vel ſucceſſoris eius vniuerſalis, qui iuramento ſtare tenetur, ſed reſpectu ſingularis ſucceſſoris, qui non tenetur ſtare iuramento.

Sed mihi videtur vera Soc. ſententia, quia cùm iuramentū obliget præcisè ad factum, *vt in l. Si pecuniam. ff. de cond. ob cauſam. vbi gloſſ. Iaſon. & alij.* Poterit conductor rem conductam retinere. Et ſi ſingularis ſucceſſor dicat, quod tua intereſt, paratus ſum dare; reſpondebit ipſe, obligatus eſt mihi locator ac rei dom. præcisè ad factum, hoc eſt, ad patientiam præſtandam vtendi, fruendi, in eamque cauſam obligauit bona. Quare competit mihi retinendi ius, quia tu non potes melioris eſſe conditionis, quàm locator, à quo cauſas habes, *vt in l. Si mulier. §. 1. ff. ad Senatuſconſ. Velleianum. Vide etiam de hac re Rolan. à Valle, conſ. 6. lib. 1. num. 10. & 29.*

Capvt LXXXIX.

Si particulare damnum contingat, ex quo tota rei Emphyteuticæ ſubſtantia non depereat, vtrum ad Emphyteutam pertineat, etiam quando non exiguam penſionem ſoluere tenetur domino, ſed magnam & reſpondentem fructibus.

Si particulare damnum contingat, illud ſpectare ad Emphyteutam certum eſt, *l. 1. C. de iure Emphyteut.* ſed controuerſia eſt, quid ſi damnum notabile, puta inſignis ſterilitas contingat, & talis ſit Emphyteuta, qui non exiguam, ſed magnam penſionem ſoluere teneatur, vtrum idem ſtatuendum ſit.

Duplex eſt interpretum ſententia. Prima eſt, hoc in caſu locum non habere, & remittendam eſſe penſionem Emphyteutæ, ſicut conductori remittitur. *Ita reſpondit Alex. in conſil. 112. lib. 1. Franciſ. Aretin. conſil. 55. num. 110. Carol. Ruin. 77. num. 7. lib. 1. Rolan. à Valle 96. num. 26. lib. 1. Io. Sicardus, in d. l. 1. num. 28. Clar. lib. 4. ſententiarum. §. Emphyt. q. 8. verſ. Sed nunquid propter ſterilitatem. Hipp. Rimi. conſ. 49. num. 14. lib. 1.* Et hanc ſententiam benigniorem ſibi videri dicit Andr. Gaill, *lib. 2. pract. obſeru. c. 23. num. 24.*

Altera eſt ſententia penitùs contraria, non eſſe remittendam penſionem Emphyteutæ, ſed omne damnum particulare ad ipſum pertinere, ſiue modicam penſionem ſoluat, ſiue magnam. *Ita reſpondit Natta in conſil. 49. & 194. & alij, vt refert, & ſequitur nouiſſimè Aurelius Corbulus in Tract. de Iure Emphyteut. c. 15. ampl. 12.*

Videbatur mihi prima ſententia verior, primò ex l. Si vno. ff. locati. Vbi dicitur, conductori fundi vectigalis propter ſterilitatem remittendam eſſe penſionem. Si conductori fundi vectigalis remittenda eſt: Ergo & Emphyteutæ, is enim ab eo conductore vix differt, *vt docet Gloſſ. in rubr. ff. Si ager vectig. vel Emphyt. pet.*

Secundò ex eo, quod habetur in §. Lex itaque, in Authent. De non alienandis reb. Eccl. & in Authent. perpetua. C. de ſacroſanct. Eccleſijs. Dicitur in illis legibus concedi poſſe rem Eccleſiaſticam in Emphyteuſin cum diminutione ſextæ partis mercedis iuſtæ, & hoc propter fortuitos caſus, qui ad Emphyteutam ſpectant. Ergo ſi iuſta penſio ab Emphyteuta ſoluatur, videtur dicendum, caſus fortuitos ad eum non ſpectare.

Tertiò. Nam ceſſante ratione legis, ceſſat lex, *l. adigere. §. quamuis. ff. de Iure patro.* Sed ratio cur damnum particulare ſpectet ad Emphyteutam, illa eſt, quia is modicam penſio-

penſionem ſoluit in recognitionem dominij, non autem in compenſationem fructuum, quos percipit ex re Emphyteutica, *vt docet Bartol. in d. l. 1. in 2. oppoſitione. C. de Iure Emphyteut.* Ergo ſi magnam penſionem præſtet æquiualentem fructibus, ſecùs eſt dicendum.

Poſtremò, quia illa non eſt propriè Emphyteuſis, in qua magna penſio ſoluitur fructibus attemperata, ſed eſt potiùs locatio. Emphyteuſis enim eſt propriè, cùm res datur ad meliorandum, modica aliqua penſione data. Id patet ex verbi etymologia ex qua ſumi poteſt argumentum, *vt docet Bart. in l. omnes populi, in 6. q. ff. de Iuſt. & Iur.*

Cæterùm re diligentiùs conſiderata & perſpecta, contrariam ſententiam veriorem eſſe puto; Non eſſe remittendam penſionem Emphyteutæ, propter ſterilitatem licèt magnam penſionem ſoluat. Moueor ex d. l. 1. vbi dicitur damnum, ex quo tota rei ſubſtantia non perit, ad Emphyteutam ſpectare, ſed damnum propter ſterilitatem contingens, non eſt tale, vt tota res intereat. Ergo ad Emphyteutam ſpectat.

Non obſtant argumenta in contrarium adducta. Quod enim attinet ad l. Si vno. Reſpondeo non eſſe veram Aſſumptionem, quòd Emphyteuta non differat à conductore fundi vectigalis. Illa ſententia Gloſſ. nullo iure probatur. Contrarium patet eſſe verum ex traditis per Franc. Cona. *lib. 7. comment. iur. c. 12. num. 7.* & per Alciat. *lib. 3. diſpunctionum, c. 10. & lib. 1. parerg. c. 36.*

Ad ſecundum reſpondeo, non eſſe bonam conſequentiam illam. Res Eccleſiaſtica in Emphyteuſin concedi poteſt cum diminutione ſextæ partis penſionis propter caſus fortuitos, qui ad Emphyteutam pertinent. Ergo ſi iuſta penſio præſtetur ab Emphyteut. abſque vlla diminutione, caſus fortuiti ad eum non ſpectabunt. Conſequentia debet ſic fieri. Ergo ſi caſus fortuiti ad Emphyteutam non ſpectent, res Eccleſiaſtica concedi nequit cum diminutione illius ſextæ partis. Quid enim prohibet, quo minùs Emphyteuta damnum ex fortuitis caſibus patiatur, ſecundùm naturam contractus, & ad iuſtam & magnam penſionem ſoluendam obligetur expreſſa conuentione.

Ad tertium argumentum reſpondeo. Ratio cur particulare damnum ad Emphyteutam ſpectet, illa eſt, quia ſoluit penſionem in recognitionem dominij, non autem in compenſationem fructuum, ſicut conductor: concedo, ſed dum dicitur, quia modicam penſionem ſoluit, nego. Quid enim impedit, quò minus ſoluat in recognitionem directi dominij, etiam magnam & iuſtam penſionem?

Ad quartum & vltimum. Emphyteuſis dicitur propriè cùm res datur ad meliorandum. Concedo. Sed cum dicitur conſtituta modica penſione annua, id nego. Nec argumentum illud probat. Et quòd dicatur Emphyteuſis, licèt magna & iuſta penſio ſoluatur, probat text. *in §. quia verò leuis, in Authent. de non alienand. reb. Eccl.*

Capvt XC.

Si res Emphyteutica ſit ab hoſtibus occupata, vtrum remittenda ſit penſio Emphyteutæ.

Illvd etiam eſt in controuerſia. Vtrum ſi res Emphyteutica ſit ab hoſtibus occupata remittenda ſit Emphyteutæ penſio?

Variæ ac diuerſæ ſunt doctorum ſententiæ. Alij enim docent locum eſſe remiſſioni; & hæc videtur magis communis ſententia legiſtarum, *vt inquit Abbas in cap. Potuit, de locat. Iaſon in l. 1. num. 91. C. de Iure Emphyteut. Iul. Clar. lib. 4. Sentent. § Emphyt. quæſt. 8. verſic. Sed quid in Emphyteuta. Andr. Gaill, lib. 2. pract. obſeru. cap. 23.*

Alij contrà, non eſſe locum remiſſioni, quia caſus fortuiti ad Emphyteutam ſpectant, *vt in §. Lex itaque, in Authent. de rebus Eccleſ. non alien.* Bellum autem dicitur caſus fortuitus, *l. In rebus. ff. commod.* Et quia tota res non perit, licèt fructus pereant, fructus enim dicuntur pars rei, *l. Fructus pendentes. ff. de rei vendicat. Ita Cardin. Florentin. reſpondit, vt refert Abbas loco annotato, & ita etiam reſpondit Collegium Patauinum, vt refert Iaſon, vt ſuprà. Idem voluit Conanus lib. 7. comment. Iuris, cap. 12. num. 7.*

Alij diſtinguunt, vtrum penſio modica ſoluatur, an verò magna, & primo caſu locus non ſit remiſſioni, ſecundo caſu ſit locus. *Ita Collegium Mediolanenſe, vt poſt Cumg. refert Clarus loco ſupra dicto.*

Alij diſtinguunt, vtrum bellum ſit iuſtum, an iniuſtum, primo caſu locus ſit remiſſioni, quia bona capta ab hoſtibus effecta ſunt capientium: Secundo verò caſu non, quia ſpes eſt recuperationis. *Ita Ang. in d. l. 1. tit. noſtro, & ibi Io. Sichard. num.* 31.

Alij denique aliter, præſertim Aurelius Corbulus, qui diſtinguit in plures caſus hanc quæſtionem *de Iure Emphyteut. cap.* 15. *ampl.* 18.

Mihi omnium optima veriſſimaque communis ſententia videtur, quòd ſcilicet Emphyteutæ remittenda ſit penſio, quando propter tumultus & calamitates fundum ingredi non poteſt: Et moueor, quia eo in caſu fundum poſſidere non dicitur, l. Cùm vnus. §. vlt. ff. de bonis Auth. Iud. poſſid. ibi: [*Aut propter latronum potentiam non poteſt poßideri, rectè dicitur, non eſſe quòd poßideatur.*] Si enim fundum non poſſidet, ergo penſionem ſoluere non tenetur fundi nomine, & perinde eſt, ac ſi fundus non extaret & perijſſet, reſpectu temporis, quo poſſideri non poteſt.

Vnde nihil mouet, quod dicitur hoc in caſu fundum extare, & non perijſſe, quia idem eſt, ac ſi non extaret. Nec enim Dominus patientiam vtendi & fruendi præſtare poteſt, nec quicquam omninò habet Emphyteuta ex eo fundo amplius, quàm ſi verò non extaret.

Non obſtat, quod dicitur caſus fortuitos ad Emphyteutam pertinere, *vt in d. §. Lex itaque.* Quoniam id concedo, niſi tota res pereat, *vt in l. 1. tit. noſtro.* Hoc verò caſu, idem omninò eſt, ac ſi perijſſet pro eo tempore, quo impeditur poſſideri, & in poteſtate hoſtium reperitur.

CAPVT XCI.

An Emphyteuta Eccleſiæ teneatur ſoluere collectas, & tributa fiſcalia Domino temporali.

Controuertitur etiam, vtrum Emphyteuta Eccleſiæ obligatus ſit ad ſoluendas collectas, & contra fiſcalia. Reſpondet Bartol. *in l. Priuatæ. C. de Excuſat. num. lib.* 10. Emphyteutam Eccleſiæ non teneri, ne grauetur duplicione re ſoluendi, ſcilicet, Eccleſiæ penſionem, & fiſco tributum. Eandem ſententiam ſecutus eſt Iaſ. *in l.* 1. *numer.* 31. *C. de Iure Emphyt.* eamque tutiorem dicit Boſſius, *in tit. de Principe, & priuilegijs eius, num.* 128. Eandem alijs citatis nouiſſimè amplexus eſt Marcus Antonius Eugenius, *in conſil.* 96. *num.* 22. *lib.* 1.

Sed contrarium docuit Andr. Iſer. *in tit. Quæ ſint rega. in verb. plauſtrorum*, dicens, inſpiciendam eſſe perſonam Emphyteutæ, qui cùm ſit obnoxius collectis, tenetur eas ſoluere etiam pro re Emphyteutica Eccleſiæ, quia res à perſona conditionem accipit, non contra, *l.* 1. *C. de Imponenda lucratiua deſcript. lib.* 10.

Idem reſponderunt Alex. *in conſil.* 101. *lib.* 1. Natta, *conſ.* 114. *num.* 18. Et ad rationem illam Bart. reſpondent, eam nullius eſſe momenti, quia duplici onere aliquis grauari poteſt diuerſo reſpectu, vt patet ex multis, ſed præcipuè ex l. Si pendentes. §. Si quid Cloacarij. ff. de Vſufruct. vbi conductor fundi vectigalis ſoluere tenetur vectigal municipio, & tributum fiſco. Et ſi bona eſſet ratio hæc, nullus Emphyteuta, etiam priuati, obligatus eſſet ad collectas. Is enim penſionem ſoluit Domino, vnde ne duplex onus ſubiret, non teneretur ſoluere tributum fiſco, quod tamen eſt contra, l. 2. C. de Iur. Emphyt.

Ego puto veriorem eſſe Bartol. ſententiam duplici ratione. Primò, quia videtur hæc ſatis bona regula, in hac materia, vt quoties Domin. ad collectas non tenetur, non teneatur etiam Emphyteuta, *l. Priuatæ, C. de excuſat. numer. lib.* 10. vbi Emphyteuta fiſci non tenetur, quia fiſcus eſt immunis. Sed Eccleſia non tenetur ad collectas, *l.* 2. *C. de Epiſcopis & Cleric. cap.* 1. *de Immun. Eccleſia. lib.* 6. *cum vulg.* Ergo nec Emphyteuta tenetur. Altera ratio eſt, quia vbicunque aliquis poſſidet rem immunem à collectis & tributis, is collectas & tributa pendere

non teneatur, *l. 1. C. de imponenda lucratiua deſcript. lib. 10. ibi, Contraq́; ſi cuiuslibet, &c.* Sed Emphyteuta Eccleſiæ poſſidet rem immunem à collectis, quia bona Eccleſię ſunt immunia, l. Placet, C. de ſacroſanct. eccleſ. ibi, [*Ne prædia vſibus cœleſtium ſecretorum dedicata, ſordidorum munerum fæce vexentur, &c.*] Et c. Non minus, de immun. eccleſ. cum ſimilib. Ergo non tenetur ad collectas.

Ad argumentum reſpondeo. Quod dicitur rem à perſona conditionem recipere, concedo, ſi intelligatur iuxta terminos d. l. 1. C. de impon. lucrat. deſcript. à qua deſumitur pronũciatum. Dicitur ibi, Curiales eſſe immunes à collectis, & quod ſi bona collectis ſubiecta perueniant ad eos ſint immunia, ſed ſi ad alios, ſecus: quia inquiritur perſonæ conditio. Iſte non eſt caſus noſter, quia Eccleſiæ bona ab ipſo principio, natura ſua ſunt exempta & libera, vnde ad quemcunque perueniant, ſarcinam collectarum effugere debent, *vt inquit text. in d. l. 1. verſ. Contraq́; ſi cuiuslibet, C. de imponenda lucratiua deſcript.* Poſſet autem argumentum procedere, & ſimul etiam contraria Doctorum ſententia, ſi res ab Eccleſia in emphyteuſin cõceſſa, fuiſſet ab aliquo priuato Eccleſiæ vendita, ac propterea collectarum oneri ſubiecta, tunc enim locus eſſet deciſioni dictæ legis, quod à primordio tituli, poſterior formetur euentus, id eſt, cum res à principio eſt deſcripta in libro fiſci, cum alijs rebus, quæ collectarum oneri ſubiacent, ſi perueniat ad Eccleſiam, quæ immunis eſt, ipſa res euitabit onus collectę, ſed ſi ab Eccleſia transferatur ad alium non exemptum, redibit ad naturam ſuam, propter perſonam poſſeſſoris, & ſic ad collectas erit obligata.

Capvt XCII.

Emphyteuſi finita abſq; culpa Emphyteutæ, vtrum meliorationes repeti poſſint?

Dicitur in l. 2. C. de iure emphyt. emphyteutam in ſolutione Canonis ceſſantem, per triennium, iure ſuo cadere, emphyteuticamq́ue rem reuerti ad dominum vna cum meliorationibus factis. Nunquid hoc procedat etiam, quando emphyteuta cadit iure ſuo abſque culpa, vt, verbi gratia, ſi res emphyteutica concedatur vſque ad certum tempus, certamve generationem, & illud ſit elapſum, ac generatio extincta.

Reſpondit Bald. *in l. Senatus. §. Marcellus. ff. de legatis.* hoc caſu meliorationes ad emphyteutam pertinere, eiusve hæredes, non autem ad dominum, *ſequitur Iaſ. d. l. 2. C. de iure emphyt. num. 27. Decius qui alios citat in conſ. 518* Probatur hæc ſententia multis ſimilibus.

Primo ex eo, quod habetur in c. 1. §. ſi vaſallus, tit. Hic finitur lex, & conſuetudines regni incipiunt, vbi text. dicit: [*Si vaſallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipſum ſua pecunia meliorauerit, & contingat poſtea, vt ſine filio maſculo decedat dominus, aut patiatur ædificium auferri, aut ſoluat pretium meliorationis.*]

Secundo ex eo, quod dicitur in l. Diuortio, §. impendia. ff. ſoluto matr. vbi text. loquens de meliorationibus à marito factis in fundo dotali, ſic ait: [*Plane ſi nouam villam neceſſario extruxit, vel veterem totam ſine ſua culpa collapſam reſtituit, erit eius impenſæ petitio.*]

Tertio, ex l. Domos. ff. de legatis: [*Domos hæreditarias exuſtas* (ait lex) *& hæredis nummis extructas ex cauſa fideicommiſſi, poſt mortem hæredis reſtituendas, boni viri arbitratu ſumptuum rationibus deductis, &c. reſpondi.*]

Quarto, ex l. Eum ad quem, C. de vſufr. vbi de meliorationibus vſufructuarijs ſic dicitur: [*Proinde ſi quid vltra, quam impendi debet, erogatum potes docere, ſolenniter repoſces.*]

Quinto, & vlt. ex l. Sed addes. §. Si inquilinus. ff. locati, vbi text. ait: [*Si inquilinus oſtiũ vel alia quadam ædificio adiecerit, quæ actio locum habet? Et eſt verius, quod Labeo ſcribit, competere ex conducto actionem, vt ei tollere liceat, &c.*] ſcilicet, eiuſmodi adiectiones, & meliorationes.

Verum iſtis non obſtãtibus, contrariam ſententiam veriorem eſſe puto, vna cum Franciſco Sarmiento *lib. 3. ſelect. interpr. c. 4.* nimirum eiuſmodi meliorationes ad dominium pertinere, non autem ad emphyteutam, vel eius hæredem.

Et moueor, quia emphyteuta ex natu-

ra contractus emphyteutici, tenetur fundũ ac rem meliorare, vt verbum ipſum oſtendit, quod ſignificat meliorationem ſiſtle plantationem. Conſequenter non poteſt meliorationes factas repetere, facit enim id, quia tenetur, vnde res non poteſt parere liberationem & repetitionem, *l. qui hominem §. vult. ff. de ſolut.*

Confirmatur argumentum ex l. Colonus, & ex l. dominus horreorum. §. in conducto. ff. locat. quibus in locis dicitur, conductorem demũ impenſas & meliorationes factas repetere poſſe, ſi non tenebatur ex lege contractus eas facere. Vnde cum emphyteuta ex lege contractus teneatur, idem eſt dicendum, quia tantundem operatur natura contractus, quantum expreſſa contrahentium conuentio, *l. quia tantundem. ff. de negot. geſt.*

Ad ſimilia in contrarium adducta, vno verbo reſponderi poteſt, ea non loqui, nec procedere, quando is, qui meliorationem facit, & impenſas, tenetur ex natura cõtractus eas facere, vel ex cõuentione & pacto. Quamobrem nec concluſio etiam procedit in ijs expenſis, quas emphyteuta facere non tenetur ex natura contractus, veluti ſint ædificia, *vide Arium Pinel. de reſcin. vend. 2. part. cap. 3. num. 10.*

Capvt XCIII.

Emphyteuta non ſoluens penſionem per triennium, an cadat ipſo iure ab omni iure quod habet, an vero ita demum, cum lata erit ſententia.

Dicitur in l. 1. C. de iure emphyt. Emphyteutam ceſſantẽ in ſolutione per triennium, cadere iure ſuo, ſi dominus voluerit. An ipſo iure cadat, an vero per ſententiam: Hanc quæſtionem tractat Specul. *in tit. de emphyt. q. 41.* & concludit non ipſo iure priuari, ſed per ſententiam iudicis.

Sequuntur eandem ſententiam Paulus Caſtr. *in conſ. 68. li. 2.* Lud. Rom. *in conſ. 212.* & alij, *quos refert Tiraq. in repet. l. ſi vnquam. C. de reuoc. don. in verb. reuertatur, n. 187.*

Argumenta vero ſunt hæc, vbicunque lex vtitur verbis futuri temporis, non autẽ præteriti, vel præſentis, priuatio non inducitur ipſo iure, ſed per ſententiam, *vt docet gl. in l. iubemus. §. ſane. C. de ſacroſanct. eccleſ. in verſ. priuetur, & in l. in criminal. in verſ. habeatur, C. de iurudict. om. iud.* ſed lex vtitur verbis futuri temporis, dicit enim in §. Si vero quis aut locator, in auth. de alienat. & emphy. Emphyteuta qui non ſoluit canonem, *extraneus fiet à iure ſuo.* & l. 2. C. de iure emph. vtitur verbo illo, *cadat iure ſuo*, quod videtur tempus futurum deſignare.

Secundo, probatur ex d. l. 2. eod. ti. dicitur. n. emphyteutam cadere iure ſuo, ſi dominus voluerit, neceſſaria ergo eſt domini petitio, & conſequenter ſententia Iudicis.

Tertio, facit argumentum à ſimili. Nam vaſallus feudo priuatur, ſi id irrequiſito domino alienauerit, vel alias ob cauſſas à lege definitas, & tamen ipſo iure non cadit: ſed per ſententiam, *vt in c. 1. de feudo ſine culpa non amitten. c. 1. § Sancimus, quo tempore miles inueſtit. petere poßit.*

Quarto, quia etiam lex dicit compenſationem ipſo iure fieri, *l. vlt. C de compenſa.* & tamen ſententia iudicis requiritur, *l. quod in diem. § 1. ff. de compenſ. l. ſi autem. §. vlt. ff. de neg. geſt.* ergo idem dicendum in emphyteuta.

Poſtremo facit text. *in l. lex vectigali, ff. de pignor.* vbi præſupponitur à iudice pronunciari, ſuper huiuſmodi priuatione iuris, cum aliquis conduxit fundum vectigalem, & debitum vectigal non ſoluit, ibi: [*Si cum in exolutione vectigalis, tam debitor, quam creditor ceſſaſſent, & propterea pronunciatum eſſet, fundum ſecundum legem, domini eſſe, &c.*]

Contrariam ſententiam habuerunt alij *quos refert & ſequitur Iaſ. in d. l. 2. C. de iure emph. n. 14. Alex. in conſ. 6. li. 3. Decius 146. & alij multi quos refert & ſequitur Aurelius Corbulus de iure emphyt. c. 15. ampl. 45.*

Argumenta huius contrariæ ſententiæ hæc ſunt. Primo, quia l. 2. C. de iure emph. dicit domino licere emphyteutam expellere, qui per triennium ceſſauit in ſolutione. Si enim licet domino eum repellere, ſequitur ſententiam Iudicis non eſſe neceſſariam.

Secundo, quia eadem l. 2. vtitur verbis illis,

illis, *Cadat omnino*, & eodem modo loquitur text. in §. ſcire in Authen. de non alienand. reb. eccleſ. Verbum autem illud eſt præciſum, & ſignificat ipſo iure, *vt tradit Lud. Roman. in ſing. ſuo omnium primo*, *ex gl. in l. 1. §. ſi pecuniam, in verbo omn. ff. depoſ. Idem docet Mattheſil. ſing.* 10.

Tertio, quia text. in l. lex vectigali, ff. de pignor. dum loquitur de ſententia Iudicis ſuper eiuſmodi priuatione, dicit pronunciationem fieri declaratoriam priuationis, [*& propterea* (inquit textus) *pronunciatum eſſet, fundum ſecundum legem, domini eſſe, &c.*] Quod ſi non induceretur priuatio ipſo iure, tunc per ſententiam eſſet inducenda, & ita concipienda foret, ac ſi Iudex priuaret emphyteutam, *eſt doctrina Bal. in c. 1. §. 1. quib. mod. feud. amit.*

Hanc poſteriorem ſententiam ego ſequor, veriorem q; de iure puto, quia d. l. 2. de iure emphyt. dicit, emphyteutam cadere iure ſuo, ſi dominus voluerit, quod autē ſententia iudicis requiratur, nullum verbum in textu, vt parum ſit credibile, id Iuſtinianum omiſſurum fuiſſe, ſi neceſſarium eſſet. Illud tamen moneo, hanc ſententiam intelligendam eſſe, quando certum eſt & in confeſſo: emphyteutam in ſolutione ceſſare. Quod ſi dubium eſſet, tunc ad hoc vt conſtaret, Iudicis pronunciatione, ac ſententia opus eſſet, *ex notatis per Iaſ. in l. ſi quis maior. nu. 25. C. de tranſact. & fuſius per Menoch. conſ. 99. n. 169. lib. 1.*

Non obſtant argumenta in contrarium, quia quod attinet ad primum, de verbis futuri temporis, verum eſſe fateor illud quod dicitur, verba futuri temporis legis deſignare priuationem, non ipſo iure, ſed per ſententiam. Sed non procedit, quādo talia verba ſunt cōiuncta, cum verbis deſignantibus ipſo iure induci priuationem, vt eſt dictio, mox, ſtatim, omnino, & ſimilia, *Bar. in d. l. iubemus. §. ſane, C. de ſacroſanct. eccleſ. & in l. Imperatores. ff. de iure fiſci.* Sic autem eſt in quæſtione noſtra, *vt dictum eſt ſupra.*

Ad id autem quod ſecundo loco dicebatur emphyteutam non priuari iure ſuo, niſi dominus voluerit, cōſequenter neceſſariam eſſe petitionem eius, ac ſubinde iudicis ſententiam. Reſpondeo negando cōſequentiam. Neceſſaria quidem eſt domini petitio & declaratio, ſed quid prohibet, quo minus domino voluntatē ſuam declarante, priuatus emphyteuta dicatur, abſq; alia iudicis ſententia?

Ad text. d. l. lex vectigal. reſpondeo, ibi quidem iudicialis pronunciationis fieri mentionem, ſed nullum verbum, quod talis pronunciatio ſit neceſſaria. Et nos quoque fatemur euenire poſſe, vt Iudicis pronunciatio in hac re ſequatur, negante, exempli gratia, emphyteuta, ſe in ſolutione canonis ceſſaſſe, & domino eum non ſoluiſſe dicente, tunc & Iudex adeundus eſt, & ſententia expectanda, quæ diſputationē dirimat, licet ante eius prolationem emphyteuta intelligatur priuatus, ſi non ſoluerit.

Quod autem adducebatur de vaſallo, non adeo exploratum eſt, ſiquidem Iaſone teſte *in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 16.* multi contrarium docent, ipſo iure, ſcilicet, vaſallum feudo priuari. Et licet ſententiæ Iudicis fiat mentio in legibus in contrarium allegatis, illud eſt propter controuerſiam inter dominum, & vaſallum, quæ vbi exiſtit, neceſſe eſt vt competentis Iudicis ſententia definiatur.

Eadem reſponſione tollitur vltimum argumentum de compenſatione. Nam compenſatio ipſo Iure inducitur, ſed in legibus allegatis, iudicialis ſententiæ facta mentio eſt propter controuerſiam inter partes, vtrum locus eſſet compenſationi, exiſtentem.

Capvt XCIV.

Emphyteuta ceſſante in ſolutione, & domino declarationem ſuæ voluntatis differente, fructus interim percepti ad quem pertineant: An ad dominum, an vero ad emphyteutam?

Qvid ſi emphyteuta ceſſauerit in ſolutione Canonis, & antequam domino decla-

declarauerit, ſe velle eum iure ſuo cecidiſſe, fructus perceperit, an teneatur ad reſtitutionem eorum? Videbatur mihi prima facie reſpondendum teneri.

Primo, quia poſteaquam cecidit, dicitur eſſe malæ fidei poſſeſſor. Poſſeſſor autem malæ fidei fructus non facit ſuos, ſed reſtituere tenetur, *l. Si fundum. C. de rei vendicatione.*

Secundo ex eo, quod in vſufructuario conſtitutum eſt, is enim ad reſtitutionem fructuum tenetur, quos finito vſufructu percepit, *l. Si pater, C. de vſufruct.*

Tertio ex eo, quod dicitur de vaſallo. Nam ſi committat crimen feudi priuatione dignum, reſtituere tenetur fructus quos percepit, antequam lata ſit in eum ſententia priuationis, *l. 1. vbi Caſtren. notat, C. de his, quibus vt indign.*

Quarto, Nam emphyteuta priuatur iure ſuo ſi dominus voluerit: hæc autem verba, *Si dominus voluerit*, conditionem important: ſed hæc eſt natura conditionis, vt retrotrahatur, *l. ſi filiusfam. ff. de verb. oblig.* domino ergo declarante ſe velle, idem eſt ac ſi ſtatim cum ceſſauit, priuatus fuiſſet: quo caſu fructus, haud dubie ad dominum pertinuiſſent.

Quinto, Nam & filio legitimæ ſupplementum debetur cum fructibus, *§. prohibemus in Authen. de Triente & Semiſſe. l. Scimus. C. de inoff. teſtam.* ſi voluerit, *vt ibi declarat gloſſ. in verb. ipſo iure.* Et tamen cum declarat ſe velle fructus conſequi, debet eos à die mortis patris, non à die declarationis, *vt tradunt Bal. in l. Papianus, §. Vnde ſi quis. ff. de inoff. teſta. & Corne. in conſ. 265. circa fin. lib. 3.*

Sexto, Rei legatæ dominium in legatarium tranſit, ſi velit, hoc eſt, ſi acceptauerit legatum, & tamen ſi acceptauerit, ex die aditæ hæreditatis, res eius eſſe intelligitur, non autem ex die acceptationis, *l. ſi tibi homo, §. Cum ſeruus. ff. de leg. 1.* Sic ergo & in quæſtione noſtra, res emphyteutica ad dominum pertinet ex die, quo emphyteuta in ſolutione ceſſauit, non autem ex die, quo dominus voluntatem ſuam declarauit.

Septimo, mouebat me iuris regula, quod principalis cauſa inſpicienda ſit, & ab ea diſpoſitio regulam ſumere debeat, *l. ſi heredi teſtamento. ff. de actio empt. l. vxorem. §. Agri plagam. ff. de leg. 3.* Cauſa autem principalis, ob quam priuatur emphyteuta, eſt, quia non ſoluit canonem, vnde illa videbatur inſpicienda, & ex ea iudicandum, priuationem inductam eſſe, conſequenter ex eo die fructus ad dominum pertinere, ad quem res pertinuit, non autem ad emphyteutam iam excluſum, & priuatum iure ſuo.

Octauo, vbi lex imponit pœnam ipſo iure, propter aliquod factum, illa non habet locum, niſi ſequatur Iudicis declaratio, per quam conſtet de tali facto, *vt tradit Iaſ. in l. ſi quis maior, nu. 25. C. de tranſact. & alijs.* & tamẽ etiam ante declarationem pœna effectum habet, *l. vlt. C. ad leg. Iul. maieſt. Deci. in conſ. 235.* Sic igitur in quæſtione noſtra etiam ante declarationem domini, videbatur locus eſſe pœnæ, & priuationi Iuris emphyteutici.

Poſtremo, non parum mouebant Authoritates eorum, qui in terminis quæſtionis noſtræ id affirmarunt Iuris eſſe, *ita enim reſponderunt Ang. in §. ſi vero in perpetuũ, in auth. de non alie. reb. eccl. Spec. tit. de emphyt. q. 10. Bal. in l. ſi pater. in 3. notab. C. de vſufr. Soc. ſen. in conſ. 176. n. 10. li. 2. Iaſ. in l. 2. C. de iur. emph. n. 17. Fel. in c. de quarta, nu. 33. de præſcript. Capolla in conſ. ciuili 25. n. 7. Ripa in l. 1. §. ſi hæres. num. 26. ff. ad Treb. & alij, vt per Tiraq. in rep. l. ſi vnquam, in verb. reuertatur, n. 271. C. de reuoc. don.*

Verum re maturius conſiderata & diſcuſſa, contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, ſecundum quam iudicauit Rota Bononienſis, *vt per Petr. Beninten. deciſ. 37.* Sequitur Aurelius Corbulus *in tract. de iure emphyt. cap. 15. Ampl. 38.* licet diſtinguere videatur inter dominum ſcientem, & ignorantem.

Sed mihi videtur indiſtinctè in propoſita quæſtione fructus ad emphyteutam ſpectare, non autem ad dominum.

Moueor hac ratione, quia fructus ad eum ſpectant, qui rei eſt dominus, *l. ex diuerſo. §. 1. ff. de rei vend.* Sed antequam dominus declarat ſe velle, emphyteuta non eſt priuatus

gatus iure ſuo, ſed dominium rei retinet. Ergo fructus ad eum ſpectant.

Minor probatur ex *l. 3. C. de iure Emphyt.* vbi dicitur, Emphyteutam cadere iure ſuo ob canonem non ſolutum, ſi Dominus velit. Ergo antequam dominus velit, non dicitur cadere, illa enim verba, *ſi dominus velit,* important conditionem, antequam autem conditio eueniat, actus ſub conditione factus, non habet eſſe: *l. Cedere diem, ff. de verb. ſign. l. legata ſub conditione, ff. de cond. & demonſtr.*

Non obſtant argumenta in contrarium. Quod enim attinet ad primum, nego Emphyteutam eſſe malæ fidei poſſeſſorem, ex eo tempore, quo ceſſauit in ſolutione, quia non dicitur priuatus iure ſuo, niſi dominus velit. Ergo ante domini declarationem non eſt priuatus, & ſic eſt bonæ fidei, poteſtque probabiliter credere, dominum velle ei pœnam remittere.

Non obſtat ſecundum, quia fateor finito vſufructu ad dominium fructus pertinere, non autem ad vſufructuarium. Sed nego in quæſtione noſtra finitum eſſe, & extinctum ius Emphyteuticum ex ſola ceſſatione in ſolutione.

Ad Caſtr. *in l. 1. C. de his quibus vt indig.* reſpondeo, dato quòd verum dicat, non enim diſputo, doctrina eius nititur eius legis deciſione. Ideò autem in caſu dictæ legis fructus interim percepti ad fiſcum pertinent, quia ſtatim hæres priuatus fuit, nec expectanda fuit conditio à lege expreſſa, vt in quæſtione noſtra, Conditio, ſcilicet, ſi fuerit.

Ad quartum argumentum de conditione, quòd retrotrahatur, reſpondeo duobus modis. Primò, id non habere locum in quæſtione noſtra, quia illud procedit ex fictione legis, & vbi agitur de pœna, ceſſat fictio legis, *l. Sciendum, cum l. ſeq. ff. ex quib. cauſ. maior.*

Secundò reſpondeo, id quod dicitur, conditionem retrotrahi, locum habere, quando à caſu pendet, ſecus cùm à poteſtate contrahentium, *l. Potior, & ibi Bart. ff. qui pot. in pign. habeantur.* Sed conditio illa, Si dominus voluerit, pendet à voluntate domini, poteſt enim velle & nolle. Ergo non trahitur retrò. Item in præiudicium tertij, conditio non trahitur retrò, *vt probat text. & ibi Bald. in vlt. colum. in l. 1. C. an ſeruus ex ſuo facto. Alex. in conſ. 228. num. 3. lib. 6. Tiraq. tract. de iuſt. conſt. 2. part. ampl. 21. num. 6.*

Ad quintum & ſextum argumentum. Concedo ſupplementum legitimæ ex die mortis patris filio deberi, nec non legatæ rei dominium ex die aditæ hereditatis legatario acquiri. Sed ex his nego ad quæſtionem noſtram rectè inferri. Eſt enim differentia inter conditionem à lege expreſſam, & eam, quæ tacitè ſubintelligitur. Conditio expreſſa ſuſpendit diſpoſitionis effectum, ita vt locum habere non poſſit, antequam illa purificetur, ſed conditio tacitè ſubintellecta, diſpoſitionem non ſuſpendit. Vtrumque docet text. *in l. ſi ita legatum. §. ille ſi volet. ff. de leg. 1.*

Quòd attinet ad legitimam & eius ſupplementum, itemque ad rem in teſtamento legatam, verùm eſt hæc non acquiri, niſi filius & legatarius velint, poſſet enim filius, ſi vellet, repudiare legitimam. Sed hæc conditio tacita, & à lege ſubintellecta, meritò non ſuſpendit acquiſitionem legitimæ & legati, ſed ex die mortis legitima deberi dicitur, & legatum ex die aditæ hæreditatis acquiri.

Secus eſt in conditione expreſſa à lege, qualis eſt in quæſtione noſtra, dicit enim lex, Emphyteutam cadere iure ſuo, ſi dominus voluerit. Hæc conditio à lege exprimitur, vnde diſpoſitionem & actum, id eſt, priuationem Emphyteutæ ſuſpendit, donec impleatur, meritò ex die quo purificata eſt huiuſmodi conditio, & ſic ex die quo dominus, ſe velle, dixerit, priuatio effectum habet.

Ad ſeptimum, quòd cauſſa principalis ſit attendenda, concedo, ſi talis ſit cauſa quæ poſſit effectum producere, ſed cauſſa illa, nempe negligentia ſoluendi canonem, ſola non poteſt effectum producere, niſi concurrat domini voluntas, meritò ante voluntatem domini Emphyteuta cadere non dicitur iure ſuo, conſequenter fructus lucratur interim perceptos.

Ad octauum de pœna ipſo Iure impoſita, concedo etiam ante declarationem Iudicis pœnam effectum habere, ratio eſt, quia declaratio iudicis non requiritur ad eſſentiam rei, id eſt, ad hoc, vt pœna lege impoſita locum habeat, quaſi pœnæ locus non ſit, ſi declaratio iudicis ſequatur, imò verò locus eſt pœnæ ipſo iure ante Iudicis declarationem, quia declaratio requiritur, non vt pœna imponatur, quæ iam impoſita eſt, ſed vt conſtet de facto, propter quod pœna irrogatur. Sed in quæſtione noſtra, declaratio & voluntas domini, eſt de eſſentia priuationis emphyteutæ, vnde ante declarationem non eſt locus.

Ad poſtremum argumentum ex authoritate ſumptum, reſpondeo, argumentum ab authoritate Doctorum, probabile eſſe, non autem neceſſarium, rationique & legi cedere, *vt latè docent DD. in l. 1. ff. ſi cert. pet. Euerard. in locis legalibus loco ab authoritate.*

CAPVT XCV.

Vtrum dominus authoritate propria expellere poßit Emphyteutam, propter canonem non ſolutum per triennium.

ARDVA eſt quæſtio propter multiplices Doctorum ſententias. Aliqui enim dicunt, non poſſe dominum authoritate propria eum expellere, quia nemo poteſt ſibi ius dicere, *vt in tit. C. ne quis in ſua cauſa iudicet, & ius ſibi dicat. & l. Non eſt ſingulis. ff. de reg. iur.*

Alij verò affirmant, dominum id facere poſſe, argumento l. 2. C. de iure Emphyt. in qua dicitur, domino licere emphyteutam expellere. Item, quia idem in locatore conſtitutum videtur, vt conductorem expellere poſſit ob penſionem non ſolutam, *l. æde, C. locati, l. quæro, §. inter locatorem. ff. eod.* Et poſtremò ea ratione, quia dominus rem emphyteuticam poſſidere dicitur ciuiliter, *vt docet gl. in l. 3. §. ex contrario. ff. de acq. poſſ.* is autem, qui ciuilem habet poſſeſſionem, authoritate propria ingredi poteſt naturalem ab alio occupatam, *l. clam poßidere. §. qui ad nundinas. ff. eod.* & hæc videtur magis communis ſententia. *Vide Iaſ. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 105. Decium in conſ. 146. nu. 7. Alex. conſil. 105. num. 18 lib. 3. conſ. 113. num. 11. lib. 1. Clar. lib. 4. ſent. §. Emphyteuſ, quæſt. 44. & quæſt. 11. Corbulum de iure emphyt. cap. 15. quæſt. 12.*

Alij dicunt, domino licere emphyteutam in poſſeſſione turbare, ſed non expellere, *ita Bart. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 3.*

Alij diſtinguunt hoc modo. Aut certum eſt emphyteutam non ſoluiſſe Canonem, vt quia id fatetur, Aut dubium eſt, quia fortè id negat. Primo caſu, licet domino propria authoritate eum expellere, ſecundò autem caſu non licet, *Specul. tit. de emphyteuſi, quæſt. 48.* Alij aliter dicunt, & diſtinguunt.

Mihi verior videtur eorum ſententia, qui negant domino licere propria authoritate emphyteutam expellere. Inprimis, quia nemo poteſt ſibi ius propria authoritate dicere, vt dictum eſt.

Secundò, ex l. Creditores, C. de pig. vbi Imp. ita dicit: [*Creditores, qui non reddita ſibi pecunia, conuentionis legem ingreßi, poſſeßionem exercent, vim quidem facere non videntur. Attamen authoritate præſidis poſſeßionem adipiſci debet.*] Si creditor non poteſt abſque Iudicis authoritate poſſeſſionem ingredi, licèt ex lege conuentionis poteſtas ei facta ſit, ergo nec dominus poteſt authoritate propria expellere emphyteutam; etiamſi maximè poteſtatem habeat eum expellendi, ex lege contractus.

Tertiò ex eo, quod conſtitutum eſt in dote, ſoluto enim matrimonio dos ad mulierem reuertitur, & poteſt mulier eam vendicare, *l. in rebus, C. de iure dot.* & tamen propria authoritate id facere non poteſt, *l. dotis, C. ſolut. matrim.*

Quartò & vltimò, quia poſſent ex eiuſmodi expulſione, authoritate propria facta, oriri ſcandala, rixæ & delicta, quæ omnia leges euitare ſtudent, *vt in l. æquißimum. ff. de vſufr.* inde enim iniurias naſci non oportet, vnde iura oriuntur, *l. in fundo, ff. de rei vend.*

Ad argumenta in contrarium, facilè reſponderi poteſt. Nam quod attinet ad primum & ſecundum, concedo eſſe domino permiſſum, vt ſi velit, emphyteutam expellat, ſicut & conductorem locatori expellere li-

re licet, ſed nego id propria authoritate fieri poſſe, nec id allegatæ leges dicunt.

Quòd verò dicitur, ei, qui ciuilem habet poſſeſſionem, licet authoritate propria ingredi naturalem ab alio occupatam. Ergo domino licebit Emphyteutam expellere. hoc argumentum, quod vrget omnium maximè pro hac ſententia Iaſ. *in l. 2. C. de re emphyt. num.* 105. tollitur ex notatis per eundem Iaſonem *in d. l. Clam. poſſidere, §. qui ad nundinas, num.* 24. *ff. de acquir. poſſeſſ.* vbi dicit, domino non licere emphyteutam expellere authoritate propria, quia emphyteuta naturaliter poſſidens, initium habet iuſtum ſuæ poſſeſſionis, & is expelli poteſt, qui poſſeſſionem naturalem iniuſtè occupauit, ſicut loquitur ille text *in d. §. qui ad nundinas,* & aliæ leges concordantes à Iaſone ibi allegatæ.

CAPVT XCVI.

Vtrum Emphyteuta, qui per triennium canonem totum perſoluit, ſit priuandus Iure ſuo.

EMphyteutam, qui totum Canonem non ſoluit per triennium, Iure ſuo emphyteut. priuandum eſſe docuerunt Specul. *in tit. de emphyt. q.* 29. Paulus Caſtrenſ. *ad l. in executione. §. Item ſi ita. ff. de verb. obligat.* Iaſ. *in l. 2. num.* 54. 55. *C. de iure emphyt.* Decius *in Authent. qui rem, C. de ſacroſ. Eccleſ.* & alij, *quos refert & ſequitur Aurelius Corbulus de emphyt. cap.* 15. *ampliat.* 5.

Argumenta verò ſunt iſta. Is, qui tenetur aliquid præſtare ſub pœna, in pœnam incidit, niſi totum præſtet, *d. l. in executione. §. item ſi ita. ff. de verb. oblig. ibi, Niſi totus detur, pœna committitur centum.* Sed emphyteuta tenetur Canonem præſtare domino ſub pœna priuationis iuris ſui, ergo niſi totum præſtet, in pœnam incidit.

Secundò, quælibet conditio indiuidua eſt, nec pro parte impleri poteſt, *l. cui fundus. ff. de cond. & demonſtr.* Sed emphyteuta ius ſuum ſub illa conditione habet, vt Canonem domino pendat, ergo niſi totum pendat, cadit omni ſuo iure.

Tertiò facit regula vulgaris. Nihil actum videtur, vbi ſupereſt aliquid agendum, *l. penult. C. de his, quib. vt indign.* Vnde etiam dicimus; Non defendere eum, qui in totum non defendit, *l. defenſor. ff. de interrog. act.* Et is edere non dicitur, qui in totum non edit, *l. argentarius. §. 1. ff. de eden.*

Quartò facit, quod habetur in l. fiſtulas. §. qui fundum. ff. de contrah. empt. ibi, [*Nec ſi partem ſoluat, ex empto cum venditore aget, quoniam contractum æs alienum diuidi non poteſt.*]

Quintò, textus in l. Quamdiu. C. de diſtract. pignor. ibi, [*Quamdiu non eſt creditori integra pecunia numerata, etiamſi pro parte maiore eam conſecutus ſit, diſtrahendi obligatam non amittit facultatem.*]

Sextò, is, qui totum Canonem non ſoluit, nô adimplet pro ſua parte contractum, fruſtra ergo petit ſibi à domino adimpleri, *l. Quæro. §. inter locatorem. ff. locati.*

Septimò, emphyteuta, qui totum canonem non ſoluit, impunè euadere non poteſt. Itaque vel totum ius ſuum amittere debet, vel partem. Sed partem non debet amittere, quia dominus inuitus cogeretur cum eo habere rem communem, *contra l. ſi non ſortem. §. Si centum. ff. de condict. indeb.* Ergo totum debet amittere.

Octauò, pœna iſta priuationis impoſita eſt emphyteutæ, quia cùm canonem non ſoluit, dominum contemnere videtur. Sed ſi non ſoluat totum, videtur dominum contemnere; igitur in pœnam incidit.

Nonò facit, quod docet gloſſ. *in l. res bona fide, ff. de contrah. empt. vbi docet.* pactum legis Commiſſoriæ, quo cauetur, vt ſi emptor intra certum tempus venditori pretium non ſoluat, res ſit inempta, locum habere etiam vbi totum non ſoluit, licèt deficiat, vt inquit illa gloſſ. *in vno nummo.*

Poſtremò facit, quod docet Bart. *in l. cùm ſi exhibuiſſent, §. vlt. ff. de Publ.* & Bald. *in l. Minorib. C. de his quib. vt indig.* vbi docent, eum, qui officium habet denunciandi maleficia, puniendum eſſe, licèt vnum tantùm maleficium denunciare neglexerit. Item id quod docet Bald. *in l. etiam, numer.* 8. *C. ad leg. Falcid.* Eum, qui fidem accommodat defuncto teſtatori de reſtituendo aliquid incapaci, tota nihilominus hæreditate indignum reputari, ac proinde eam fiſco applicandam.

Contrariam ſententiam habuerant Iaſ. ſibi contrarius *in d. l. in execution. §. Item ſi ita, ff. de verb. oblig.* Guido Papæ *deciſ.* 174. Petrus Benintend. *deciſ.* 6. Petrus Picus, *in Authent. Præterea, num.* 12. *C. vnde vir & vxor.*

Primum argumentum eſt ex l. ſi ſeruus. §. ſi plurium. ſi quis caution. ibi, [*Pœnam quidem integram committi, licèt vnus ſtatus non ſit. Labeo ait: quia verum ſit, omnes ſtatus non eſſe. Verum ſi pro rata vnius offeratur pœna, exceptione doli vſurum eum, qui ex hac ſtipulatione conuenitur.*]

Secundum eſt ex c. ſuam, de pœnis. vbi obligatus ad certam quantitatem certa die ſub pœna ſoluendam, ſi partem intra terminum ſoluit, ad pœnam integram non tenetur.

Tertium, ex l. Commiſſoriæ, C. de pact. inter empt. & vend. qui textus iudicio meo nihil ad rem facit.

Quartum, quia pœna non debet eſſe maior delicto, *l. Sancimus, C. de pœnis.* & pœnæ ſunt interpretatione potius molliendæ, quàm exaſperandæ, *l. interpret. ff. eod. tit.*

Ego verò tres caſus diſtinguendos puto. Primus eſt, quando Emphyteuta non ſoluit quidem per triennium totum Canonem, ſed tamen tantum ſoluit, ſingulo anno, quod ſi coaceruatur, vnius anni æquat Canonis debitam quantitatem: hoc in caſu exiſtimarem, eum non eſſe priuandum iure ſuo, duabus rationibus.

Priore quidem, quia ſolutio à debitore facta cedere debet in duriorem & grauiorem cauſam, *l. 1. & 3. l. ſi ex pluribus. ff. de ſolut. l. 1. C. eodem tit.* Ergo in propoſito cedere debet in cauſam debiti Canonis vnius anni, vt ſic pœna euitetur, quæ vt incurratur triennium requiritur.

Altera eſt ratio, quia ſi, exempli cauſa, Emphyteuta ſit obligatus ad ſoluendum annua decem, & ſingulo anno quinque ſoluerit, proculdubio ſolniſſe dicitur plus, quam vno anno teneretur ſoluere. Qualis ergo eſſet rigor priuate iſtum iure ſuo; qui aliquid ſupra vnius anni integram penſionem ſoluit? qui ſi ſolam vnius duntaxat anni penſionem ſolueret, non priuaretur. Reſpondet, de fruſtra, Corbulus *loco ſuperius annot.* & Iaſ. *in d. l. 2. numer.* 57. *C. de iure Emphyt.*

Secundus caſus eſt, quando id, quod ſoluit Emphyt. nequaquam ſufficit ad vnius anni integram penſionem debitam, ſed tamen aliquid minimum deficit. Et hoc in caſu idem ſtatuendum puto, *argum. text. in c. ſuam, de pœnis.* Et quia, vt ſolet dici, de minimis non curat Prætor, *l. ſcio. ff. de integr. reſtit.*

Tertius eſt caſus, quando id, quod ſoluit Emphyteut. ſingulis annis, non æquat debitam vnius anni portionem, & modicum non eſt, ſed, verbi gratia, deeſt tertia pars vel dimidia. Hoc in caſu communiorem amplector ſententiam, quæ docet Emphyteutam eſſe priuandum iure ſuo. Moueor ijs argumentis, quæ ſuperius allata fuere pro eiuſdem ſententiæ confirmatione.

Ad argumenta in contrarium ita reſpondeo. Ad primum, maior propoſitio eſt vera, minor autem falſa, quia Emphyteuta non tenetur Canonem ſoluere ſub pœna priuationis, ſed priuationis pœna eſt impoſita in ſolutione ceſſanti per triennium. Non videtur autem ceſſare per triennium, cùm id, quod ſoluit annuatim, ad vnius anni penſionem integram extenditur.

Ad ſecundum concedo totum argumentum, & ſic Emphyteutam obligatum eſſe ad ſoluendum totum Canonem, ſed dum infertur, ergo niſi totum ſoluat, abſolutè priuatur iure ſuo, nego conſequentiam.

Ad tertium, fateor, ſi totum Canonem non ſoluat, non videri Canonem ſoluiſſe, ſed non ſequitur, ergo indiſtinctè priuandus eſt iure Emphyteutico.

Ad quartum, concedo ei, qui contractum non adimplet in totum, actionem non competere, *vt in d. §. qui fundum.* ſed non ſequitur eum iure ſuo priuandum, quia ſic priuandus eſſet, licèt vno duntaxat anno ceſſaret in ſolutione, quod tamen eſt falſum, quia requiritur triennium.

Ad quintum reſpondeo, creditori ius eſſe pignora vendendi, licèt debiti pars ſoluta ſit, quia niſi totum ſoluatur, ius illi remanet pignoris pro reſiduo, ideò rem obligatam rectè diſtrahit, quæ res ab hac noſtra longè diuerſa eſt.

Ad

Ad ſextum patet ſolutio. Neque enim bona eſt conſequentia: Emphyteuta pro parte ſua fidem nō ſeruauit, ergo cadit iure ſuo, quia ſi id ſequeretur, vnius anni negligentia in ſoluendo ſufficeret ad incurrendam pœnam. Illud ſequitur, actionem denegari Emphyteutæ non ſeruanti fidem, *arg. d. §. Inter locationem.*

Ad ſeptimum dico. Emphyteutam nec toto iure ſuo priuandum eſſe, nec parte, quia non eſt abſolute verum, eum in ſolutione ceſſaſſe per triennium, vti lex requirit. Non ceſſauit, inquam, vbi Canonis pars ſoluta ſingulo anno ad vnius anni penſionem integram extenditur.

Ad octauum nego, ita dominum contemni ab Emphyteuta totum Canonem non ſoluente, vt proinde iure Emphyteutico ſit priuandus, neque enim omnis ad hunc effectum ſufficit contemptus, ſed requiritur ceſſatio triennalis.

Ad nonum reſpondeo, non ita conſtitutum eſſe, in Emphyteuta, vt niſi Canonem perſoluat anno quolibet, iure ſuo priuetur, ſicut in pacto legis commiſſoriæ conſtitutum eſt: vt niſi totum pretium ſoluatur, res ſit inempta: Dicimus enim Emphyteutam cadere iure ſuo, ſi per triennium in ſolutione ceſſauerit: Eundem vero non ceſſaſſe per triennium, ſi tantum ſoluit annis ſingulis, quod ſimul cumulatum vnius anni penſionem adæquet.

Ad poſtremum reſpondeo, Conſtitutus officialis ad maleficia denuncianda merito punitur, ſi vnum maleficium denunciare negligat. Peccat enim in officio. Sic & ille, qui fidem ſuam accōmodauit de reſtituendo aliquid incapaci. Non idem iuris in Emphyteuta, quia pro omni culpa & negligentia non punitur, ſed propter triennalem ceſſationem, vt dictum eſt, duntaxat.

Caput XCVII.

Vtrum, ſi emphyteuta decedat pluribus hæredibus relictis, quorum vnus ſuam Canonis portionem ſoluat, alter vero non, tota res emphyteutica reuertatur ad dominum, an vero pars tantum.

Quatuor ſunt opiniones Doctorum. Prima totam rem ad dominum reuerti, *Authores ſunt Specul. tit. de locato. quæſt. 71. Iaſ. ad l. 2. num. 57. 58. C. de Iure Emphy. Clarus. §. Emphyteuſis, q. 9. Quaro quid ſi Emphyteuta, & alij à Corbulo relati de iure Emphyteutico, cap. 15. Ampliatione 8.*

Fundamentum eſt, quia ſi defunctus obligatus ſit ad pecuniam ſoluendam ſub aliqua pœna, altero ex hæredibus ſuam partem non ſoluente, pœna committitur contra omnes: & qui ſuam partem ſoluit, familiæ herciſcundæ iudicio id, quod ſua intereſt à cohærede, qui non ſoluit, conſequitur, *leg. Heredes. §. In illa. ff. Fam. herciſcun. text. in l. Stipulationum, 2. §. Item ſi in facto,* & in l. Stipulationum, 5. §. Si ſortem. ff. de verb. obligat. [*Si ſortem,* ait textus, *promiſeris, & ſi ea ſoluta non eſſet, pœnam, etiamſi vnus ex hæredibus tuis portionem ſuam ex ſorte ſoluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæredis ſoldatur.*]

Secunda eſt opinio quorundam antiquorum, *quos Ioan. Andr. refert in additione ad Specul. loco annotato:* rem emphyteuticam ad dominum reuerti pro parte non ſoluentis tantum.

Fundamentum eſt in l. Fraudati. §. Sed ſi vnus. ff. de Publicanis, vbi, [*Si vnus ex pluribus hæredibus rem communem cauſa vectigalis ſurripiat, portiones cæteris non auferuntur.*] hoc eſt, ſi vnus ex pluribus hæredibus rei communis vectigal non ſoluerit, tota res non incidit in commiſſum, ſed portio tantum non ſoluentis, *vt ibi declarat Paul. Caſtren.*

Tertia eſt opinio Bart. *in Commentariis d. l. Fraudati.* vt ſi vnus hæredum, ſingulis annis tantum ſoluerit, quod ſpacio annorum trium ad vnius anni penſionem integram ſufficiat, tunc nullo modo res ad dominum reuertatur, quia ſolutio ab vno facta, cedere debet in cauſam vtiliorem ad euitandam pœnam, leg. 1. & ſequent. ff. de ſolution. Si vero non tantum ſoluerit, tota res emphyteutica ad dominum reuertatur, & ſic pœna committatur contra omnes.

Quarta eſt ſententia Imolenſis *in c. Potuit, numer. 47. de locato.* Iure ciuili inſpecto, totam

totam rem ad dominum reuerti, ſecus autem inſpecto iure Canonico, quo iure tantus rigor non ſeruatur, *argumento, c. Suam, de Pœnis.*

Ex his quatuor ſententijs eligendam arbitror ſecundam, quæ docet non totam rẽ Emphyteuticam ad dominum reuerti, ſed portionem non ſoluentis tantum. Moueor ex d. l. Fraudati. §. ſed ſi vnius. ff. de Publicianis, cui nemo reſpondet.

Moueor ſecundo, quoniam vbi emphyteuta moritur relictis pluribus hæredibus tot videntur eſſe emphyteutæ, quot hæredes exiſtunt: Vno ergo non ſoluente, alter prægrauari non debet, ſed qui non ſoluit, ſuam iuris emphyteutici partem amittit.

Ad argumentum in contrarium ſic reſpondeo: hæredes defuncti emphyt. non eſſe obligatos ad penſionem ſoluendam, tanquã hæredes, ex perſona ſcilicet defuncti, ſed tanquã nouos emphyteutas ex perſona propria. Videtur enim is, qui rẽm conceſſit alicui in emphyteuſin, pro ſe & ſuis hæredibus, vel filijs, ipſis hæredibus & filijs emphyteuſin date. Quare ſicut, ſi pluribus res in emphyteuſin detur, dicuntur eſſe plures emphyteutæ, nec alterius negligentia in ſoluendo alteri nocet, ita & in præſenti ſpecie reſpondendum eſt. Alia ratio in eo eſt, qui ſub pœna aliquid promittit. Nam ex perſona hæredum, conditio obligationis non mutatur. *l. Stipulatio, 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig.* Conditio autem obligationis eſt, vt pœna committatur, niſi tota res promiſſa præſtetur, *l. In execution. § Item ſi ita. ff. de verb. oblig.*

Capvt XCVIII.

Vtrum Emphyteuta priuati moram incontinenti poſt elapſum tempus ad euitandam pœnam purgare poſſit.

EST in emphyteuta Eccleſiæ definitum, celeri ſatisfactione eum moram purgare poſſe, c. Potuit, de locato. Sed in emphyteuta priuati controuerſum. Namque moram eum purgare non poſſe cenſuerunt multi, *quos commemorat Iaſon in leg. 2. nu. 73. C. de iure emphyt. Couar. lib. 3. variarum reſol. c. 17. num. 4.*

Alij poſſe affirmarunt, *Angel. in l. Et ſi poſt tres. ff. Si quis cantion. Bald. in l. Si pacto quo pœnam, C. de pactis, Franciſc. Sarmient. lib. 3. Select. interpretationum, c. 5.*

Alij denique, *vt refert Iaſ. loco annotato*, emphyteutam purgare poſſe moram, docent, antequam dominus declaret priuationi locum eſſe: poſt declarationem vero, non poſſe.

Ipſe opinor priorem ſententiam eſſe probabiliorem, quam imprimis confirmabo, deinde argumentis in contrarium reſpondebo.

Probatur hæc ſententia primum ex eo, quod vbi dies, & pœna eſt obligationi adiecta, mora purgari non poteſt, *l. Traiect. §. De illo. ff. de verb. oblig.*

Secundo ex l. Celſus. ff. de Arbitr. vbi ſi arbiter intra Kalendas Septembris dari iuſſerit, nec datum erit, licet poſtea offeratur, attamen [*ſemel commiſſam pœnam compromiſſi non euaneſcere.*] ait Iuriſconſultus.

Nec valet Sarmienti reſpõſio, excipientis caſum, quo incontenti moram debitor purgauerit, quia nullo iure probatur hæc interpretatio.

Tertio probatur argumento l. 1. verſi. Niſi forte. ff. de pecunia legata, ibi: [*Habebit igitur hæres obligationẽ, tam diu, quamdiu cum eo his de pecunia conteſtetur, niſi forte aliud tempus teſtator, vel mente vel verbis præſtituit.*

Quarto ex l. 2. C. de iure Emphyt. vbi dicitur, emphyteutam, qui non ſoluit per triennium, omnimodo repelli poſſe, ibi: [*Sed omnimodo eo ſi dominus voluerit, repellendo*, &c.] Quæ verba arguunt, ita abſolute repelli poſſe, vt nec moram purgare poſſit.

Poſtremo, quia vbi pœna ipſo iure imponitur, mora purgari non poteſt, *l. Qui ob rem. ff. de cond. indeb. l. Si is cui, de leg. 2. Tiraq. ad l. Si vnquam, in verbo, reuertatur, num. 310. C. de reuoc. donatio.* Pœna vero de qua agitur ob Canonem non ſolutum, ipſo iure eſt impoſita, *vt concluſum eſt ſupra cap. 93.*

Primum argumentum contrariæ opinionis. Vbi aliquid eſt deciſum Iure Canonico,

nonico, illud eſt ſeruandum etiam in foro Cæſareo, *vt in Authent. Vt Clerici apud proprios Epiſcopos, &c.* Sed iure Canonico deciſum eſt, moram purgari poſſe, *vt in d.c. Potuit, de locato.* igitur, &c.

Reſpondeo, in emphyteuta Eccleſiæ id eſſe deciſum, non in emphyteuta priuati: Ratio differentiæ eſſe poteſt, quia emphyteuta Eccleſiæ iure ſuo cadit: ſi per bienniũ in ſolutione ceſſet, merito purgare moram poteſt, ſed emphyteuta priuati, triennale tempus habet, & ſic longius tempus, & ſic moram purgare non poterit.

Secundum argumentum eſt ex l. Si ſeruum §. ſequitur. ff. de verb. obl. vbi dicitur, ex æquitate moram purgari poſſe, æquitas vero rigori præfertur, *l. Placuit. C. de iud.*

Reſpondeo, illum textum non procedere, vbi dies & pœna eſt obligationi adiecta, ſicut docent leges ſuperius allegatæ, tunc enim moræ purgationi locus non eſt.

Tertium argumen. eſt ex l. Si cum dies. §. vlt. ff. de arbit. Reſpondeo, loquitur quando certa dies obligationi non eſt adiecta.

Quartum eſt ex l. Etſi poſt tres. ff. ſi quis caution. Reſpondeo, id, quod ibi dicitur, locum habet in obligationibus Prætorijs, & iudicialibus, in quibus tantus rigor non ſeruatur, quantus in contractibus, & conuentionibus.

Poſtremum eſt ex l. Si inſulã. ff. de verb. oblig. ex l. Continuus. §. Item qui inſulam, & ex l. ſi ita quis. §. Scia cauit. ff. eod. tit. Reſpondeo, illas leges loqui, quando dies tantum obligationi eſt inſerta, ſecus vbi dies eſt adiecta, & ſimul pœna à lege impoſita, vt in ſpecie noſtra.

CAPVT XCIX.

Si Dominus Canonem receperit ab Emphyteuta, poſtquam iam erat priuandus iure ſuo, quia non ſoluerat, vtrum videatur pœnam ipſam priuationis ſeu caducitatis remittere.

QVæſtio hæc grauis eſt, difficilis, & controuerſa, nec ab aliquo, quem viderim, interprete, clare explicata. Ego ſententijs omnium perpenſis, eam diſtinctionem adhibendam puto, quæ ſequentibus concluſionibus continetur.

Prima concluſio. Si dominus ſciat Emphyteutam ſuo iure cecidiſſe, & Canonem nihilominus recipiat temporis futuri, caducitatis pœnam remiſiſſe videtur. Probatur hæc concluſio: quoniam iniuria diſſimulatione aboletur, *§. vltim. Inſtit. de iniur.* Dicitur autem iniuria domino inferri ab ipſo Emphyteuta, ſi Canonem ei non ſoluat, quaſi non videatur illum agnoſcere tanquam dominum, cum non ſoluat, quod in dominij recognitionem debet. *Ita docent Bartol. in l. 2. num. 8. C. de iure Emphyt. Iaſ. ibid. numer. 124. Ruin. in conſil. 110. lib. 1. Clar. §. Emphyt. quæſt. 10.*

Secunda concluſio. Si Dominus ignoret Emphyteutam cecidiſſe iure ſuo, recipiendo Canonem, non videtur pœnam remittere caducitatis, quia nemo renunciare intelligitur iuri, quod ſibi ignorat competere, *l. Mater. ff. de inoff. teſtam. l. Si quando. §. vlti. C. eo. tit. l. Legitima. ff. de petit. hæred. Ita Spec. tit. de Emphyteuſi, q. 24. Iaſ. in l. 2. C. de iure Emphyt. nu. 130. Aurel. Corbul. de iure Emphyteutico, cap. 15. decl. 21. num. 14.*

Tertia concluſio. Si dominus declarauerit Emphyteutam iure ſuo cecidiſſe propter Canonem non ſolutum, & nihilominus temporis futuri Canonem receperit, niſi proteſtatus fuerit, ſaluum ſibi eſſe ius caducitatis, videtur eam remittere, *ita Bartol. in l. 2. numer. 8. C. de iure Emphyt. D. meus Cephal. in conſil. 222. libr. 2.* quia proteſtatio reſeruat ius proteſtantis, *l. Sed debitor. §. 1. ff. quibus mod. pig. vel hypoth. ſoln.* & declarat eius animum, *l. At ſi quis. §. Plerique ff. de religio. & ſumpt. funer.*

Si dicatur, talis proteſtatio eſt contraria facto, vnde nihil prodeſt, *vt in hac ſpecie dicebant Rimin al. in conſi. 249. num. 49. Curtius ſen. in conſ. 81. Ruin. in conſil. 110. lib. 1.* Reſpondet D. Cephal. argumentum procedere, quando dominus recepit Canonem ante caducitatis declarationem, ſecus ſi poſt, quia tunc eſt ius quæſitum, cui renunciare velle non præſumitur, *argument. l. Cum de indebito. ff. de Probation. & eorum, quæ tradit Alex.*

Alex. in l. Non ſolum. §. Morte, n. 17. ff. de oper. noui nunc. & in conſ. 26. col. 1. lib. 3.

Sed contraria ſententia verior & communior eſt, bona præceptoris mei pace: Nam proteſtationem hoc in caſu non prodeſſe, docuerunt Iaſon *in l. 2. n. 124. C. de iure Emphyt.* Rui. *in d. conſ. 110. li. 1.* Clar. *in §. Emphyteuſis, q. 10.* Aurel. Corbulus, *loco paruum antecitato, num. 2.* Proteſtatio enim contraria facto, nihil reuelat, *l. 1. §. 1. ff. Si vſusfruct. peta. l. Aemilius. ff. de Minorib. Iaſon in l. Si quis extraneus, nu. 6. ff. de acquir. hered.* Et vbi quis poſt ius quæſitum actum facit penitus contrarium; &, vt vocant, incompatibilem iuri quæſito, cenſetur illi renunciare, *l. Poſt diem. ff. de lege Commiſſor. l. Commiſſoria. C. de pactis inter empt. & vend. l. 2. C. de iure dom. impet. l. vlt. ff. de inoffic. teſtam.* Eſt autem actus receptionis Canonis pro tempore futuro prorſus repugnans iuri quæſito: nam ius quæſitum præſupponit, ſoluentem non eſſe amplius Emphyteutam, eo quod iure ſuo ceciderit: Receptio vero Canonis, eſſe Emphyteutam, quia nemo ſoluit Canonem, niſi ſit Emphyteuta.

Quod vero reſpondit Alexand. *in conſil. 26. & in d. §. Morte.* ad rem non facit: quia loquitur in caſu longe diuerſo. Vendidit quis rem ſuam cum pacto redimendi, Inſtrumentum venditionis aliquot poſt menſes celebrauit: nulla mentione facta pacti redimendi, reſpondit Alexander, non idcirco pacto redimendi renunciatum recte, quia actus poſtea factus, videlicet inſtrumentum venditionis, non repugnat pacto, licet enim pacti mentionem non contineat, non tamen aliquid contrarium continet.

Si tamen Emphyteuta ſoluens, tali proteſtationi conſentiat, ſibi præiudicabit, *l. vltim. §. Item ſi prædixerit. ff. Nautæ, caupones & ſtabular. Ita Ripa, in c. Cum M. nu. 130. de Conſtit. Ruin. in conſ. 151. num. 12. lib. 1. Iaſon in dicta l. 2. nu. 127. C. de iure Emphyteu.* ſecus eſt, ſi taceat Emphyt. *vt per Aretin. in conſ. 35. in fine, Alex. in conſil. 14. col. n. penult. lib. 2. Ruin. in conſil. 110. num. 4. & 151. n. 12. lib. 1. Boer. q. 309. Clarus §. Emphyteuſis, q. 14. D. Menoch. lib. 3. de Praeſumpt. c. 112. num. 22.*

Nec obſtat argumentum Imol. *in cap. Potuit, de locato, ex l. vlt. §. Item ſi prædixerit,* iuncta Gloſſ. *ff. Nautæ, caupon. & ſtabul.* quia ibi agitur de vectoribus, quibus facta eſt proteſtatio, vt ſuas res cuſtodiant; & ſeruent, ea proteſtatio nocet eis, quibus eſt facta, ſi non contradicant. Recte: quia non eſt contraria facto, vt in præſenti ſpecie.

Quarta concluſio. Si dominus recipiat Canonem temporis præteriti, & de Emphyteuta Eccleſiæ agatur, non cenſetur remiſſa caducitatis pœna, *Authen. Qui rem, C. de ſacroſanct. Eccleſ. §. Si vero aut locator, in Auth. de Alien. & Emphyt. Ita Iaſ. in l. 2. n. 127. C. de iure Emphyteut.*

Quinta concluſio. Si dominus receperit Canonem temporis præteriti, & agatur de Emphyteut. priuati, diſtinguendum eſt. Aut dominus primo Emphyteutam expulit, deinde Canonem recepit, & tunc non videtur pœnam remittere, *l. Colonus. ff. locati. Auth. Qui rem. C. de ſacroſanct. Eccleſ.* Aut prius Canonem accepit, deinde vult Emphyteutam expellere, & tunc non poteſt: niſi fuerit proteſtatus, ſe nihilominus eum velle expellere, *Ita Bart. in l. 2. num. 8. C. de iure Emphyt.*

Sed longe probabilior eſt eorum ſententia, qui docent pœnam caducitatis remiſſam intelligi abſolute hoc in caſu, *ita Specul. tit. de Emphyt. q. 13. Imola, in c. Potuit, n. 4. de locato. Franciſcus Sarmientus ſelect. interpreta. lib. 3. cap. 6.*

Probatur argumento l. Reſcriptum. §. Si pacto. ff. de pactis, ibi. [*Sabinus putat, quod eſt verius, vtraque via vti poſſe, prout elegerit, qui ſtipulatus eſt, ſi tamen ex cauſa pacti exceptione vtatur, æquum erit accepto eum ſtipulationem ferre.*] Item probatur in l. 3. §. Labeo ait. ff. de doli mali except. & in l. vlt. §. vlt. ff. de eo quod certo loco, & in l. 2. ff. ſi quis caution.

Sic & dominus vtraque via vti poteſt, nimirum poteſt Emphyteutam expellere, vel Canonem exigere, ſi Canonem maluerit, æquum eſt, eundem pœnam caducitatis accepto ferre.

Non obſtat text. in Auth. qui rem, C. de ſacroſan. Eccleſ. quia loquitur in emphyt. Eccleſiæ, & ratio eſt: quia ius quæſitum ex cadu-

caducitate, prælatus remittere non debet in præiudicium ipſius Eccleſiæ.

Non obſtat text. in l. Colonus, ff. locat. quia colonus non habet ius in rem, nec meliorationes amittit, ſicuti Emphyteuta: eſt enim valde durum & iniquum, vt Emphyteuta ius ſuum amittat, meliorationes perdat, & Canonem ſoluat. Facit text. in l. 4. §. Labeo ait, ff. de doli mali except. ibi, [*Exceptione eſſe repellendum: iniquum enim eſſe hominem poßidere, & pœnam exigere.*]

Sunt qui pro contraria opinione adducunt text. in l. pro fure. §. 1. ff. de condict. furtiua, vbi pœna legalis remiſſa non videtur, ex eo, quod quis agat rem furto ſubtractam. Sed non rectè, quia in ea ſpecie conſtat vtrumque deberi, rem, & pœnam: At in ſpecie noſtra non conſtat, imò illud eſt, quod quæritur, vtrum Emphyteuta cogi poſſit ad ſoluendum Canonem temporis præteriti, quando iure ſuo eſt priuandus, quia non ſoluit.

Sexta concluſio: Si dominus accipiat Canonem, vt in præcedenti concluſione, adhibita tamen proteſtatione, ſaluum ſibi eſſe ius caducitatis, non videtur pœnam remittere caducitatis; quia proteſtatio reſeruat ius, & declarat animum proteſtantis, *l. ſi debitor. §. 1. ff. quibus modis pignor. vel hypoth. ſolu. l. Et ſi quis, §. Plerique. ff. de religioſ. & ſumptib. funer. Ita Baldus in l. 2. ff. ſi quis caution. Iaſon. in l. vlt. num. 4. ff. de eo quod certo loco. Clar. §. Emphyteuſis, quæſt. 10. Menoch. de præſumpt. lib. 3. cap. 112. num.* 18.

Septima concluſio: Si dominus petierit Canonem, videtur pœnam caducitatis remittere; *Argument. eſt, text. in l. AEmilius. ff. de Minorib. verſic. Pretium petendo receßiſſe à lege ſua videtur, & l. Poſt diem. ff. de leg. commiſſor. ita Iaſ. in l. 2. num.* 128. *C. de iure Emphyt.* quod tamen intelligendum, niſi Emphyteuta ſoluere recuſauerit, *argum. l. Nihil intereſt. §. 1. ff. de inoffic. teſtam. l. penult. ff. ne quis eum, qui in ius voc. eſt, vi eximat.*

Octaua concluſio: Si poſtea quàm Emphyteuta iam in pœnam incidit caducitatis, Canonem recipiat, non ipſe dominus, ſed eius procurator, non videtur remiſſa caducitatis pœna. Ratio eſt: quia ius quæſitum domino, procurator remittere ſine ſpeciali mandato non poteſt, *l. Contra iuris. §. filius. ff. de pactis. Ita Decius, in conſil.* 329. *numer.* 3. *Ruin. in conſil.* 100. *numer.* 10. *lib.* 3. *Berous in conſil.* 116. *numer.* 10. *lib.* 1. *Pariſ. in conſil.* 86. *num.* 17. *lib.* 4.

Capvt C.

Vtrum, ſi res Emphyteutica fuerit ad dominum reuerſa morte Emphyteutæ ipſius, & liberorum, teneatur dominus eam dare proximiori agnato.

Non deſunt qui affirmant dominum teneri. *Ita Bartolus, in l. 1. §. Permittitur. ff. de aqua quotid. & æſti. Iaſon in l. 2. numer.* 22. *C. de iure Emphyt. Decius conſ.* 131. *Ripa in l. 1. ff. de priuil. credit. & alij, quos commemorat Antonius Gabrielius commun. concluſ. tit. de iure Emphyteutico, concluſ.* 1.

Sed contrariam ſententiam, quæ negat dominum teneri, longè arbitror probabiliorem, *quam amplexi fuêre Aretinus, Caſtrenſis, & alij à Gabrielio citati loco citato, Ruin. in conſil.* 152. *lib.* 1. *Franciſcus Sarmientus lib.* 3. *Select. interpret. c.* 7. *Rota Bonon. Beuintend. deciſ.* 19. *And. Gaill, lib.* 2. *Obſeruat. c.* 148.

Probatur hæc ſententia in hunc modum: Res in emphyteuſin conceſſa vſque ad certam generationem, extincta generatione ad dominum reuertitur: Ergo dominus poteſt eam pro ſe retinere, vel cui maluerit, concedere, *argum. l. Dudum, C. de contrahen. empt.* Eſt enim vnuſquiſque in re ſua moderator & arbiter, *l. In re mandata, C. mand.* & nemini iniuriam facit, qui ſuo iure vtitur, *l. Iniuriam. §. vlt. ff. de iniur.*

Primum argumentum contrariæ opinionis eſt ex l. 1. §. Permittitur, ff. de aqua quotid. & æſtiua. [*Permittitur autem* (ait Iuriſconſultus) *aquam, vel ex caſtello, vel ex riuo, vel ex alio loco publico fluere, idquè à Principe conceditur, alij nulli ius competit aquæ ducendæ, & datur, interdum prædijs, interdum perſonis. Quod prædijs datur, extincta perſona non extinguitur, quod datur perſonis, cum perſonis amittitur; ideoque neque ad alium dominum prædiorum, neque ad hæredem vel qualemcunque ſucceſſorem tranſit. Planè*

ei, ad quem dominium tranſit, impetrabile eſt: nam ſi docuerit prædijs ſuis aquam debitam, etſi nomine eius fluxiſſet, à quo dominium ad ſe tranſijt, indubitatè impetrat ius aquæ ducendæ. Nec eſt hoc beneficium, ſed iniuria, ſi quis fortè non impetrauerit.] Hactenus Iuriſconſultus.

Reſpondeo, Iuriſconſultum loqui de iure aquæ ducendæ, & de eo, cui aqua debetur, is facilè eam impetrare poteſt, cùm ei debeatur, & eam habuerit is, à quo dominium habuit. Alia eſt ratio rei in emphyteuſin datæ, quæ maioris eſt momenti, nec proximior docere poteſt ſibi debitam eſſe, eam ob cauſam, quòd aliarum rerum dominium ad ſe tranſierit.

Secundum eſt l. Congruit, & l. vltim. C. de locat. prædior. Ciu. lib. 11. [*Congruit*, (inquit textus) *æquitati, vt veteres conductores fundorum publicorum, nouis conductoribus præferantur, ſi facta nobis augmenta ſuſcipiant.*]

Reſpondeo, id ſpecialiter ita conſtitutum eſſe in veteribus conductoribus, quia, & ipſi cogi poſſunt ad reconducendum finita locatione, ſi lucrum aliquod fecerunt ex priori conductione, nec inueniantur alij qui conducant, *l. Contem. §. vlt. ff. de Publ.*

Tertium eſt ex l. 1. C. de Metallarijs, libro 11. quæ nihil ad rem facit, hoc enim vult duntaxat, vt Metallarij fiſco vendere cogantur metalla quæ foderunt, potiùs, quàm alijs.

Quartum eſt in l. Si in emptionem, ff. de minorib. quæ lex huc non pertinet, loquitur enim de minore in integrum reſtituendo, vt rem recuperet, quæ fuerat ſuorum maiorum.

Quintum eſt l. vltim. C. de iur. dom. impetr. vbi dicitur, creditorem cui res eſt pignorata impetrare poſſe dominium pignoris, ſi tamen prius debitorem moneat, vt ſoluat, & redimat pignus, quæ res nihil habet commune cum quæſtione iſta.

Sextum ex l. iubemus, §. & filios, C. de Aduoca. diuerſor. iudic. vbi filius aduocati alijs in officio paterno præfertur. Reſpondeo, alia eſt ratio in officijs publicis, in quibus parentum merita filijs proſunt, & ſperatur filius ſimilis futurus patri, ſi ſit idoneus, & fore, vt prudenter adminiſtret officium, ſicuti pater fecit.

Septimum ex l. 1. ff. de priuileg. cred. ibi, [*Potior habetur Creditor cognatuſve,*] & idem in l. Imperatores, ff. de pact. Reſpondeo, textum loqui, cùm de vendendis bonis debitoris agitur, vt præferatur cognatus creditor, quod ad rem noſtram nihil facit.

Poſtremum eſt ex c. 1. §. Porro. Qualiter olim feudum poterat alienari, ſed nihil ad rem facit. Hoc enim ille textus vult: Vaſallo alienare volente rem feudalem, dominium eſſe præferendum, ſi idem pretium offerat.

Porrò ſi agatur de re Eccleſiaſtica in emphyteuſin conceſſa, quæſtio hæc eſt definita ex §. neque illud, authent. de non alien. rebus eccleſiaſt. vbi dicitur pactum non valere, quo cauetur, vt eccleſia teneatur finita generatione proximioribus emphyteuſin renouare. Nam ſi eccleſia teneretur id facere, nulla eſſet ratio, cur pactum non valeret, *l. Non impoſſibile. ff. de pact.*

* * *

A N-

ANDREÆ FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER SECVNDVS.

CAPVT PRIMVM.

Tres controuerſiæ circa pretij certitudinem, ex qua conſiſtit emptionis & venditionis ſubſtantia.

SICVT inter omnes conuenit, emptionis & venditionis ſubſtantiam ex re & pretio conſiſtere, & pretium certum eſſe oportere; ita controuerſia eſt nonnulla circa pretij certitudinem. Quid enim ſi venditio fiat ex pretio, quod in arca habeo: vel pretio iuſto? vel pretio declarando à peritis æſtimatoribus, quorum vnus eligendus ſit à venditore; alter ab emptore, an pretium ſatis certum eſſe dicatur, vt conſiſtat emptio ac venditio?

Et quidem cùm Vlpianus dicat in l. Hæc venditio. §. 1. ff. de contrahenda emptione. [*Huiuſmodi emptio. Quanti tu eum miſiſti. Quantum pretij in arca habeo, valet.*] Accurſius ibidem in verbo, Quantum. [*Facias vim, inquit, in eo, quòd dicit, Quantum. Nam in quantitate debet conſiſtere, Secus ergo ſi diceret pro eo pretio, quod in arca habeat.*]

Accurſium ſecutus eſt Bartol. *ad l. ſi ſeruus. 111. §. qui quinque. de leg.* 1. nec non Iaſon *in l. vlt. num. 12. ff. de condict. cauſa data.* & alij, *quos commemorat Fabian. de Monte, de empt. & vend. in 5. q. princ. num. 34. vbi dicit, hanc ſententiam eſſe communiter receptam.*

Fundamentum eſt in eo, quòd verba illa, [*Eo pretio, quod in arca habeo,*] corpus ſiue ſpeciem deſignent, non autem quantitatem, *vt probatur ex l. Planè. §. 1. & ex l. Sed etſi certos, & ex l. Si ſeruus. §. qui quinque. de leg. 1.* Emptio autem ſine quantitate nulla eſt, *vt inquit Imper. in l. empt. C. de contrah. empt.*

Sed contrariam ſententiam longè probabiliorem & communiorem eſſe indico. Nimirum in ea ſpecie venditionem eſſe. *Hanc ſententiam amplexi ſunt Alber. & Salicetus in d. l. Hac venditio. §. 1. Fabian. de Monte, loco proximè citato, & alij, quos refert & ſequitur Arius Pinellus, in Commentarijs legis 11. C. de reſcind. vendit. in prima parte Rubricæ, cap. 1. num. 2. & 3.*]

Probatur hæc ſententia: quia nulla eſt differentia inter illa verba: [*Quantum pretij in arca habeo.*] Et illa verba: [*Eo pretio, quod in arca habeo.*] Vtroque enim caſu deſignatur quantitas pecuniæ, quæ eſt in arca. Vnde non oportet calumniari, aut verba legis captare, *vt alibi dicit text. in l. penult. ff. ad exhib.*

Huc accedat, quòd verba ſunt accipienda ſecundùm ſubiectam materiam, *l. ſi vno, ff. locati.* ſubiecta autem materia poſtulat, vt verba illa quantitatem ſignificent, non autem ſpeciem. Præſertim, quia per hanc interpretationem actus ſuſtinetur, *l. Quoties. ff. de rebus dubijs, & ff. de verbor. obligat.*

Alia eſt ratio in Legatis & Fideicommiſſis, de quibus loquuntur leges allegatæ, valet enim legatum, licèt ſpecies deſignata eſſe videatur.

Nec rectè ad propoſitam quæſtionem accommodatur lex vltima, ff. de condict. cauſa data, quia illa lex non loquitur in ea ſpecie, in qua contrahentes vtuntur verbo, venditionis, ſicut in quæſtione noſtra.

Quod attinet ad ſecundum, Alber. & Fulgoſ. *in d. l. Hæc venditio.* §. 1. in ea ſpecie venditionem eſſe dixerunt, quaſi mentio illa iuſti pretij certitudinem continere videatur ex eo, quòd arbitrio boni viri declarandum ſit, [*in quo nulla dicitur eſſe mora vel conditio,*] vt dicebat Vlpianus, *l. 1. de legat. 2.* & latè reſpondit Ioan. de Anania, *in conſ. 19. num. 12.*

Potiſſimùm autem horum fundamentum eſt in l. Si fundus. 16. §. vltim. ff. de pignoribus, cuius verba hæc ſunt: [*Poteſt ita fieri pignoris datio hypothecave, vt ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, iure emptionis poſſideat, rem iuſto pretio tunc æſtimandam; Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.*]

Alij magis communiter dixerunt, non eſſe venditionem, ſed contractum innominatum. *Ita Bald. in l. vltim. num. 8. C. de contrah. empt. Alexander ad Bartolum, in d. l. hæc venditio. & in l. ſciendum, numer. 17. vbi etiam Ludouic. Rom. num. 33. ff. de verb. oblig. Socinus, in l. ſi quis arbitratu, numer. 19. ff. eod. Fabianus de Monte, de empt. & vend. in 5. quæſt. princ. numer. 25. & 26. Ripa in l. ita ſtipulatus, num. 20. ff. de verb. oblig. Rum. in conſil. 144. num. 1. lib. 1. Iacobinus Rimin. in conſil. 412. lib. 3. Crauet. in conſil. 272. numer. 19. verſic. Aliter etiam reſpondeo, D. Ioannes Cephalus, in conſil. 10. num. 14. & 15. lib. 1.*

His ſubſcribit Antonius Gomeſ. *var. reſol. Iuris. tit. de contract. c. 2. num. 9.* Verùm dicit, venditori non competere actionem ad pretium, ſed ad rem & fructus, actionem inquam præſcriptis verbis, vel in factum, ex æquitate, *l. Quoties. ff. de præſcriptis verbis.*

Arius autem Pinellus, *in commentarijs l. 2. C. de reſcind. vend. in 2. parte Rubrica, c. 1. numer. 21.* in propoſita ſpecie, neque venditionem eſſe reſpondit, neque contractum innominatum; Non eſſe venditionem, quia pretium non eſt certum; Non eſſe contractum innominatum, quia contrahentes de venditione tantum cogitabant. Allegat. l. Verbis ciuilibus, ibi: [*Ne fiat contra voluntatem.*] ff. de vulgar. & pupil.

Probat verò Gomeſij ſententiam, dicentis in hac ſpecie venditionis iuſto pretio factæ, non eſſe dandam actionem ad iuſtum pretium petendum, etiam traditione facta: [*Quia cùm conuentio illa,* inquit, *quæ ad venditionem tendebat, nulla ſit ex defectu ſubſtantialium, non poteſt per obliquum ſuſcitari ex traditione ſecuta, l. Nunquam nuda, ff. de acquir. rer. dom.*] l. Obligationes quæ proprijs viribus non ſubſiſtunt, ff. de act. & oblig.

Ego in hac re ſic ſtatuo: Primum, communem ſententiam veriorem eſſe; Nempè, in ea ſpecie non eſſe venditionem. Secundò, eſſe contractum innominatum. Tertiò, traditione facta, actionem dandam eſſe venditori ad pretium iuſtum conſequendum, quod ſcilicet, Iudex æſtimauerit.

Priorem propoſitionem ita probo: Venditio non valet, niſi pretium ſit certum, §. *pretium, in Inſtitutionibus de empt. & vendit.* Sed in hac ſpecie non eſt certum. Igitur non valet.

Si dicatur ſatis eſſe certum, quia iuſtum pretium intelligitur arbitrio boni viri.

Reſpondeo, huic argumento Iuſtinianum occurrere, *in l. vlt. C. de contrah. empt.* vbi ſtatuit, nullam eſſe venditionem, ſi pretium certum non ſit, vel commiſſum arbitrio certæ perſonæ: [*Nulla coniectura,* inquit, *immò magis diuinatione in poſterum ſeruanda, vtrum in perſonam certam; an in boni viri arbitrium reſpicientes contrahentes, ad hæc pacta venerunt, quia hoc penitus impoſſibile eſſe credentes, per huiuſmodi ſanctionem expellimus.*] Quamobrem quod dicitur: In boni viri arbitrio nullam eſſe moram, vel conditionem, vel etiam incertitudinem, locum habere poteſt in legatis, quemadmodum Vlpian. loquitur *in d. l. 1. de leg. 2.* Ratio eſt: quia legatum in arbitrium alterius conferri poteſt, & intelligitur in arbitrium boni viri collatum, & certa ſemper perſona nominatur.

Ad l. Si fundus. §. vlt. ff. de pignoribus, placet mihi communis reſponſio, quam latè defendit Pinellus *loco proximè citato*, Iuriſconſultum in ea ſpecie loqui, vbi pactum venditionis iuſto pretio pignori accedit: nos autem loquimur, vbi pactum venditionis per ſe conſideratur, ac in eum modum celebratur.

Secundam autem propoſitionem ſic probo: Vbi contrahentes venditionem, ap-

pellant

pellant eam conuentionem, quæ vere non eſt venditio, intelligitur eſſe contractus innominatus, l. Inſulam, ff. de præſcriptis verbis: [*Inſulam*, ait Neratius, *vt alij reficeres vendidi*, (hæc non poteſt eſſe vera venditio, nullo pretio deſignato) *Reſpondi, nullam eſſe venditionem, ſed ciuili intentione incerti agendum*, id eſt, *præſcriptis verbis*, inquit Gloſſ. *quæ datur ad incertum*, id eſt, *ad intereſſe, vel vt fiat quod conuenit*.]

Et Paulus Caſtrenſis ibidem: [*Non eſt venditio*, inquit, *quæ ſine pretio ſtare non poteſt, ſed eſt contractus innominatus*,] & eodem in loco Iaſon: [*Hic non poteſt*, inquit, *eſſe venditio, quia ſine pretio non conſiſtit, erit ergo contractus innominatus*.

Quamobrem dum ita Pinellus argumentatur. Contrahentes de venditione tantum cogitabant, ergo illa conuentio non valet, quaſi contractus innominatus. Reſpondeo, argumentũ procedere, ſi conſtaret contrahentes voluiſſe tantummodo emptionis & venditionis contractum celebrare. Cæterum, id non conſtat, ex eo, quod de venditione facta fuerit mentio: nam & apud Neratium venditionis verbo vſi ſunt contrahentes, & tamen contractus eſt innominatus.

Tertiam vero propoſitionem ita probo. Nempe, actionem eſſe dandam, ad pretiũ conſequendum, facta traditione, ſcilicet, actionem præſcriptis verbis. Actio præſcriptis verbis datur, vt fiat id, quod conuentum eſt, *l. naturales. §. Etſi quidem, ff. de præſcript. verbis.* etſi non fiat ad intereſſe, ibi: [*Sed vt damneris mihi, quanti intereſt mea, &c.*] Sicuti declarant ibi Bart. Caſtr. *nu.* 7. & Iaſ. *num.* 6. Ergo venditori, qui rem tradidit, actio danda erit, vt emptorem cogat ad iuſtum pretium præſtandum, quod ſcilicet, Iudex declarauit.

Quanquam interim non negauerim, eidem venditori actionem competere, vt res reſtituatur, veluti ob eam cauſam data, quæ ſecuta non ſit, *vt in d. §. Etſi quidem*.

Denique, quod attinet ad tertium, duplex eſt Doctorum ſententia: Altera Pinelli, *in d. l. 2. C. de reſcin. vend. in 1. par. Rubricæ, c. 1. num.* 6. exiſtimantis venditionem ſic factam non valere, quia pretium ſit incertum, *argumento l. vltim. C. de contrah. empt. & l. ſi merces, ff. Locati.*

Altera eſt ſententia magis communis: huiuſmodi venditionem conſiſtere. *Ita docent Bart. & Caſtr. in l. ſi merces, ff. Locati, Corn. in conſ. 50. lib. 1. Dec. in conſil. 648. Franc. Burſatus in conſil. 149. n. 25. li. 2. & Simon Præt. in conſ. 6. num. 16.*

Et hæc ſententia videtur mihi valde probabilis. Non enim vllum video diſcrimen, aut differentiæ rationem inter hanc ſpeciẽ & illam, qua pretium committitur arbitrio certæ & nominatæ perſonæ. Quæ quidem venditio valet, ſi ſequatur declaratio. Iccirco enim venditio valet in ea ſpecie, quia pretium definiri debet à perſona electa, nec circa eam electionem vlla poteſt inter contrahentes eſſe diſſenſio. Itaque negotium non dicitur eſſe tunc imperfectum, ſicuti cum dicitur: [*Quanti velis. Quanti æquum putaueris. Quanti æſtimaueris, habebis emptum.* vel cum pretium alieno arbitrio generaliter committitur, in quibus caſibus non valet venditio, *vt in d. l. ſi merces, ff. Locati, & in l. quod ſæpe, §. 1. ff. de contrah. empt.*

Idem ergo iuris eſt in caſu, de quo loquimur, cum ſcilicet, pretium declarandum eſt à peritis æſtimatoribus, quorum alter eligendus ſit ab emptore, alter à venditore. Nam & nulla inter eos accidere poteſt diſcordia, & videntur eſſe iam electi aut pro electis habendi, quaſi quod ex pacto deſtinatum & conſtitutum eſt, pro iam facto habendum ſit, vt & alibi, *l. Etſi non ſunt, §. quid ergo, l. Lana, l. Veſtimentorum, ff. de auro & arg. leg. l. Ligni, §. 1. l. Si chorus, §. 1. de leg. 3.*

Ex his patet reſponſum ad argumentum Pinelli: quia licet perſonæ non ſint certæ ac nominatæ, quarum iudicio pretij quantitas committitur, ex pacto tamen eligendæ ſunt, eademque eſt ratio, ac ſi eſſent electæ, vt dictum eſt.

CAPVT II.

Vtrum duobus venditoribus cum pacto redimendi, liceat vni totum pretium offerendo rem redimere.

DVobus vendentibus cum pacto redimendi, vni eorum ius redimendi rei partem non competere, partem pretij offerenti, communis eſt omnium ſententia. *Ita enim docuit Bart. in l. ſi quis aliam, ff. de ſolutioni. & in l. cui vſusfructus, ff. de vſufr. leg. & in conſil.* 195. *Angelotus, Caſtren. in d. l. ſi quis aliam, & in conſ. 221. lib. 1. Fabian. de Monte, de empt. & vend. 7. q. princ. non procul à principio. Dec. in l. eius qui, §. Quas vero. ff. ſi certũ peta. Iaſ. in l. ſtipulationes non diuiduntur, nu. 20. ff de verb. oblig. Franciſcus Aret. in conſ. 3. Socin. in conſ. 16. lib. 4.* Cagnol. *in l. 2. C. de pactis inter emptorem & venditorem, n. 102.* vbi dicit Ruinũ contrarium docuiſſe *in l. 4. §. Cato in 2. lectura, ff. de verb. oblig.* Qui tamen hoc non dicit, immo ipſemet Ruinus hanc ſententiam eſt ſecutus *in d. l. Stipulationes non diuiduntur, n. 31.* Eandem ſententiam ſecutus eſt Tiraquellus *de retractu conſanguineorum, §. 23. gloſſ. 1.* vbi *num. 11.* dicit, ſe neminem inueniſſe qui contrarium docet, præter Robertum Cremonenſem, & Firmianum. Sed qui facerent, inquit, aduerſus tot legum proceres, & eos quidem tot armis rationum & legum munitos?

Controuerſia igitur eſt in eo: vtrum ſi totum pretium vnus offerat, ac rem totam redimere intẽdat, audiendus ſit, altero nolente vel negligente redimere.

Etenim Caſtr. *in d. l. ſi quis aliam, ff. de ſolutionibus.* aperte negat eum eſſe audiendum. Eandem ſententiam ſecuti ſunt Ioan. Crotus & Aleiatus *in l. 4. §. Cato, ff. de verbor. oblig.* & idem Aleiatus *in l. Creditori, C. de pactis.* Si Tiraquello credimus hos ita referenti *de retractu conuentionali, §. 1. gl. 6. n. 33.* Sed Alciatum non inueni iſta docentem, immo vero contrarium docet *in d. l. Stipulationes non diuiduntur, n. 65. & 66.* Refert tamen alios eiuſdem ſententiæ ſectatores.

Alij reſponderunt non licere vni totam rem redimere, licet totum offerat pretium, ſed ei licere partem ſuam redimere, ſi modo totum offerat pretium. *Ita reſpondit Raphael Fulgoſius in l. quod ſi nolit, §. Idem Marcellus ff. de ædilitio edicto. Necnon vt mihi videtur Socin. in conſ. 16. n. 51. lib. 4.*

Sed hæc ſententia eſt iniquiſſima, & minus firmo nititur fundamento. Eſt enim iniquum, vt is, qui reuẽdit rem, totum pretium conſequatur, & ſimul etiam partem ipſius rei.

Fundamentum vero ſolidum nõ habet, quia nititur l. quod ſi nolit. §. Idem Marcellus, ff. de ædilitio edicto. Eius verba hæc ſunt: [*Idem Marcellus ait, non poſſe alterum ex dominis conſequi actione ex empto, vt ſibi pro parte venditor tradat, ſi pro portione pretium dabit.*] Ex his verbis ſic Fulgoſius argumentatur: Ergo ſi non pro portione pretium dabit, ſed totum, partem rei, actione ex empto, conſequetur.

Reſpondeo, non recte ſumi id argumẽtum, ſed ita ſumi oportere. Non poteſt partem pretij ſoluendo, partem rei conſequi, ergo ſi totum pretium offerat, totam rem conſequi poterit. Ita liceret argumentari, non autem ad eum modum, quo Fulgoſius eſt argumentatus. Quanquã non diffiteor, etiam altero modo ſumptum argumentum non eſſe admodum forte.

Cæterum communior eſt ſententia, &, vt mihi videtur, etiam probabilior, licere vni ex venditoribus totum pretium offerendo, totam rem redimere. *Ita docuit Caſtr. ſibi contrarius in conſil. 221. lib. 1. Socin. in l. 1. §. ſed & quoties. ff. ad Trebell. Iaſon in d. l. ſtipulationes non diuiduntur, num. 21. & ibid. Ruin. numer. 32. & Alciat. numer. 65. & 66. Cagnolus in l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. nu. 103. & alij quos refert & ſequitur Tiraq. de retractu conuentionali, §. 1. gl. 6. nu. 37. quibus addo Laurentium Syluanum in conſ. 22.*

Probatur hæc ſententia, primum ex l. Fiſtulas, §. qui fundum, ff. de contrah. empt. vbi Labeo ita ſcribit. [*Qui fundum ea lege emerat, vt ſoluta pecunia traderetur ei poſſeßio, duobus heredibus relictis deceßit. Si vnus omnem pecuniam ſoluerit, patrem familia herciſcunda iudicio ſeruabit. Nec ſi partem ſoluat, ex empto cum venditore aget, quoniam ita contractum as alienum diuidi non poteſt.*]

Ex ſententia igitur Labeonis, audiendus eſt, qui totum petit, ſi totum pretium offerat.

Secundo, probatur ex l. Fundus. ff. eod. tit. vbi Iabolenus ita: [*Fundus ille eſt mihi, & Titio emptus. Quære vtrum in partem an in totum*

peu-

venditio conſiſtat, an nihil actum ſit? Reſpondi, perſonam Titij, ſuperuacuo accipiendam puto, ideoque totius fundi, emptionem ad me pertinere.]

Sic & in quæſtione noſtra ſuperuacua videtur eſſe illius perſona, quæ redimere negligit, & totum ius redimendi ad alterum ſpectat.

Tertio probatur ex l. 1. §. ſi pecunia, ff. Depoſiti. [*Si pecunia*, inquit, *in ſacculo ſignato depoſita ſit, & vnus ex heredibus eius, qui depoſuit veniat repetens, quemadmodum ei ſatiſfiat videndum eſt. Promenda eſt pecunia, vel coràm Pretore, vel interuenientibus honeſtis perſonis, & exſoluenda pro parte hereditaria.* Et paulo poſt: *ſed ſi res ſunt, quæ diuidi non poſſunt, omnes debebit tradere, ſatiſdatione idonea à petitore ei praſtanda, in hoc quod ſupra partem eius eſt.*]

Quarto probatur. Nam ſi duo ſint hæredes, vnus poteſt pignus luere, totam debitam pecuniam offerendo, *l. Heredes*, §. *Idem obſeruatur. ff. familiæ herciſcundæ.* Ergo idem in propoſita ſpecie ſtatuendum eſt, cum nulla ſubſit ratio diuerſitatis.

Poſtremo probatur ex æquitate quadã. Emptor enim rem reuendere tenetur. Si pars pretij offeratur, partem reuendere non cogitur, ne ſcilicet inuitus in communionem incidat. Sed ſi totum pretium offeratur, non habet iuſtam cauſam recuſandi, cum nihil ſua interſit, ſi modo ei caueatur à redimente in eo, quod ſupra eius partem eſt.

Sed videamus quantum habeant momenti contrariæ ſentẽtiæ argumenta. Sunt autem tria potiſſimum.

Primum argumentum. Vnus præoccupare non debet ius alterius, niſi altero conſentiente. Sed redimere volens hoc in caſu præoccupat ius alterius, ergo non eſt audiendus.

Reſpondeo. Non præoccupat ius alterius, ſibi videlicet alterius partem applicando. Immo tenetur alterum ipſius ſociũ ad communionem recipere, & partem ei tradere fundi redempti, ſi pretij partem reſtituere paratus ſit.

Secundum argumentum. Vbi quis tenetur plurib. ad factum indiuiduum, non poteſt cogi ad illud præſtandum, niſi omnes conſentiant, *l. 2. §. ex his, ff. de verb. oblig. l. vlt. ff. communia prædiorum.* Sed qui tenetur reuẽdere, tenere dicitur ad actum indiuiduum, ergo cogi non poteſt ad illud præſtandum, niſi omnes conſentiant.

Reſpondeo, nego maiorem. Non obſtant leges allegatæ. Nam in §. ex his, hoc tantum habetur. Hæredes vnius, qui obligatus erat ad aliquid indiuiduum, omnes in ſolidum teneri. In l. vltim. ff. communia prædiorum, textus dicit: Plurium Dominorum fundi conſenſum requiri, in imponenda, vel acquirenda ſeruitute. Recte. Nam & in ſpecie noſtra inuitus alter partem redemptæ rei non habebit.

Tertium argumentum. Obligatio reuendẽdi dicitur continere obligationẽ dãdi, quæ diuidua eſt, *ſecundum gl. ff. in l. 2. in verbo, Viam, ff. de verb. oblig.* In obligationibus autem diuiduis vni actio in ſolidum non datur, ſed tantum pro parte, *l. Duo fratres, ff. de acquir. hered.* Ergo vni actio non eſt danda ad totam rem conſequendam.

Reſpondeo, nego maiorem. Quoniam obligatus ad reuendendum non dicitur eſſe obligatus ad dandum, ſed ad tradendũ: licet ex traditione dominium transferatur, ſi tradens ſit Dominus, *l. ex empto. ff. de action. empti.* Nec contraria ſententia legibus probatur.

Capvt III.

Vtrum minor vigintiquinque annis emens rem cum pacto reuendendi, abſque decreto Iudicis, & aliis ſolennibus, eiuſmodi pacto obligetur.

Controuerſia eſt inter Doct. de minõre, qui rem emit cum pacto reuendẽdi, an teneatur eiuſmodi pacto, nec ne. Etenim eum obligari reſponderunt Bald. *ſubſcribens Angel. reſponſo, in conſil. 416. lib. 2.* And. Iſernia *in c. 1. §. 1. de feudo dato in vim legis commiſſoriæ.* Cagn. *in l. 2. C. de pact. inter emptorem & venditorem, nu. 149.* Pinellus *in l. 1. in 3. par. C. de bonis maternis.* Tiraq. de retractu *conuen. ad fin. tituli, n. 13. & ſeq.*

Quo-

Quorum argumenta hæc ſunt. Non licet vnam partem contractus approbare, & aliam reprobare, *l. cum quæritur, ff. de adminiſtratio. Tutor. Nam abſurdum. ff. de bonis libertorum, l. ſi ita ſtipulatio, ff. de operis libertorum.* Si ergo minor approbat contractum venditionis, tenetur etiam approbare pactum reuenditionis.

Secundo. Pactum huiuſmodi pertinet ad executionem primi contractus, hoc eſt emptionis factæ, ergo minor illud ſeruare tenetur, argumento l. 4. §. Si ab ignoto. ff. de manumiſſionibus. Ibi [*Nam etſi pupillus emat, æquum eſt eum fidem adimplere, cum ſine damno eius hoc ſit futurum.*]

Tertio. Huiuſmodi pactum eſt pars cõtractus, & res ea lege vendita minoris æſtimatur, *vt late docet Tiraquell. de retractu conuentionali, §. 1. gloſſ. 1. num. 1. & in præfatione, n. 20.* Ergo ne alter decipiatur, æquum eſt vt minor obligetur.

Quarto. Minoribus à lege non ſubuenitur, niſi decepti eſſe probentur, *l. Verum, §. Sciendum, ff. de minoribus, l. Quod ſi minor. §. Non ſemper. ff. eod.* Sed hic nulla eſt deceptio, ergo non eſt ſubueniendum. Conſequenter obligari videtur.

Quinto. Pactum reuẽdendi approbatur etiam Iure Canonico, ſi vſura abſit, *c. Ad noſtram, de empt. & vend. c. illo vos, de pignor.* Vnde comprehendit etiam illas perſonas Eccleſiaſticas. Cur igitur & minorem non comprehendat?

Sexto. Cum minori res donatur, aliquo pacto vel onere adiecto, ſine dubio obligatur, *l. cauſam, 20. ff. de manumiſſ. l. ſi rogatus, ff. de Manumiſſis vindican.* Cur ergo & huiuſmodi pactum ſeruare non teneatur?

Septimo. Minor obligatur ex pacto addictionis in diem, *l. ſi emptionem, ff. de minorib.* Dum ibi dicitur Minorem reſtitui, Nam ſi nõ obligaretur, reſtitutione nõ eſſet opus. Ergo obligatur etiam pacto de quo agitur.

Octauo. Non debet Minor cum aliena iactura locupletari, *c. ex tenore, verſ. Nos igitur, de foro competenti.* Sed hic locupletatur cum aliena iactura, quia propter pactum minoris rem emit. Ergo tenetur pactum obſeruare.

Poſtremo. Huiuſmodi pacta reſolutiua contractus locum habent in Eccleſia, *c. verum, de conditionib. appoſitis.* Ergo & in minoribus.

Alij vero dixerunt, minorem quidem non obligari huiuſmodi pacto, ſi ipſe contrahat, ſecus autem ſi tutor, vel curator eius. *Argumento l. contra iuris. §. vlt. & l. ſequenti, ff. de pactis. Ita Curtius iunior, in conſ. 146. Cagno. in d. l. 2. n. 148. Idem quo ad Tutorem & Curatorem reſponderunt Angelus, & Iacob. de S. Georgio, in d. l. contra iuris, §. vlt. & Bertrandus in conſil. 15. lib. 2.*

Sed longe probabilior & cõmunior eſt ſententia eorum, qui dixerunt, Minorem nequaquam obligari. *Ita docuit Franciſcus Accurſius, quem refert & ſequitur Io. Andreæ in Additione ad Speculatorem, rubr. de pactis. Sequitur Albericus in l. ſi ad reſoluendam, C. de Prædiis Minorũ. Fabianus de Monte de empt. & vendit. quæſt. 7. princ. in principio. Caſt. in conſ. 112. ad finem li. 1. Gozadinus conſil. 15. & 16. Alciatus reſponſo 221. Menoch. de Arbitrariis Iudicũ, Caſu 171. n. 31*

Probatur hæc ſententia ex l. Si ad reſoluendam, C. de prædijs Minorum. [*Si ad reſoluendam,* inquit, *donationem, quam in emancipatum te pater contulerat, minor vigintiquinque annis cautionem ei emiſiſti, cum huiuſmodi ſcriptura contra Senatusconſulti authoritatem facta ſit, non oberit Iuri tuo.*]

Reſpondent contrariæ ſententiæ Authores, hunc textum eſſe intelligendum de pacto reſolutiuo ex interuallo facto, poſtquam ſcilicet minori eſt ius quæſitum.

Sed nihil valet hæc interpretatio, cum nullum ſit verbum in ea lege, ex quo probari poſſit.

Secundo hæc ſententia probatur ex l. 1. § vlt. & l. ſeq. ff. de rebus eorum, &c. [*Si minor vigintiquinque annis emerit prædia, vt quoad pretium ſolueret, eſſent pignori obligata venditori, non puto pignus valere. Nam vbi dominium quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari. Sed hic videtur illud mouere, quod cum dominio pignus quæſitum eſt, & ab initio obligatio inhæſit. Quod ſi à Fiſco emerit, nec dubitatio eſt, quin ius pignoris ſaluum ſit. Si igitur talis ſpecies in primo venditore inciderit, Imperiali beneficio opus eſt, vt pignus confirmetur.*]

Reſpon-

Reſpondet Pinellus, differentiam eſſe inter pignus, & pactum reuendendi, quia pignus præſupponit dominium eſſe tranſlatum in emptorem.

Replicari poteſt, etiam rei venditæ cum pacto reuendendi dominium in emptorem transferri, *vt latè probant Tiraquell. de retractu conuentionali, §. 2. gloſſ. 1. num. 34. & Menoch. in conſil. 26. lib. 1.*

Sed Pinellus dicit, ex pacto reuendendi ſtatim ab initio indicari, rem firmiter non eſſe manſuram apud Minorem, vnde non habet quòd conqueratur, ſi reuendere cogatur.

Reſpondeo. Idem eſt in pignore. vt patet ex d. l. 1. §. vlt. in illis verbis. [*Et ab initio obligatio infirma fit.*]

Nec difficile eſt ad argumenta in contrarium reſpondere. Nam ad primum reſpondeo, totum contractum eſſe approbandum, quando in omnibus partibus valet, & conſiſtit, aliàs ſecùs, vt patet in pupillo, qui ex contractu non obligatur, & tamen alios obligat, *l. Iulianus. §. ſi quis à pupillo. ff. de actionibus empt. & in Inſtitutionibus de Authoritate Tutorum in principio.*

Ad ſecundum reſpondeo, pactum quidem eſſe annexum priori contractui, ſed tamen ſpecialiter eſſe conſtitutum in minore, vt contractus valeat, & pacto non obligetur, propter Senatuſconſulti authoritatem, quo cauetur ne minorum bona diſtrahantur, niſi authore Prætore, & alijs ſolennibus adhibitis. Qua de re nihil prorſus agitur in l. 4. §. Si ab ignoto, quæ in contrarium adfertur.

Ad tertium reſpondeo. Pactum illud eſſe partem contractus, ſed in Minore ſpecialiter conſtitutum eſſe, vt non obligetur.

Ad quartum reſpondeo. Minoribus non eſſe ſuccurrendum per reſtitutionem in integrum, niſi ſint decepti, ſed hic non indiget in integrum reſtitutione, quia non obligatur.

Ad quintum. Concedo huiuſmodi pactum comprehendere etiam Minores, ſi modò interueniant iuris ſolennia.

Ad ſextum. Concedo minorem teneri ad ſeruandum pactum ſi modò non contineat rei immobilis alienationem, vel obligationem.

Ad ſeptimum reſpondeo. Aliud eſſe in pacto addictionis in diem, talis enim venditio, aut eſt conditionalis, aut ſub conditione reſoluenda, *l. 2. ff. de in diem addictione.* Vnde minor perfectè dominium non acquirit. Secùs in pacto reuendendi, quia non impedit dominij translationem, vt dictum eſt.

Ad octauum reſpondeo, non eſſe nouum in minoribus & pupillis, ſi dum ipſi alios obligant, contra, alijs non obligentur, vbi ſolennia iuris non interueniunt.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, pactum quidem reſolutiuum valere, cùm aliquid donatur Eccleſiæ. Ita loquitur text. allegatus, & in ea ſpecie idem eſſet in minore cui donatur. Cæterùm, aliud in minore ac pupillo, quod ad propoſitam quæſt. attinet legibus noſtris conſtitutum eſt, nec diuerſitatis ratio deficit, quia vbi donationi conditio adijcitur, illa eſt ſeruanda, niſi contineat bonorum immobilium contra Senatuſconſulti authoritatem alienationem, tunc enim Principali opus eſt authoritate.

Capvt IV.

Venditione facta cum pacto redimendi intra certum tempus, ſi ante lapſum temporis pretij pars ſoluta fuerit, & poſt tempus elapſum redimere volens, reſiduum ſoluere paratus ſit, vtrum ſit audiendus.

Non eſt eadem omnium ſententia, vtrum ſit audiendus is, qui ex pacto, vt redimat prædium, partem pretij ſoluit, intra tempus conſtitutum, reſiduum verò paratus eſt ſoluere poſt tempus elapſum. Etenim Io. Imolenſis *in conſil. 36. in caſu præmiſſo*, & Gozadinus *ad l. 2. C. de pactis inter emptorem, & venditorem, in 7. quæſt.* hunc audiendum eſſe reſponderunt; Hieron. autem Cagnolus *in d. l. 2. num. 162.* id negat.

Argumenta Imolenſ. ſunt duo. Primum. Cùm emptor venditori partem pretij ſol-

nit, emptio dicitur eſſe perfecta, nec pœnitentiæ locus eſt, *l. 2. C. quando liceat ab emptione diſcedere*. Ergo idem eſt reſpondendum in ipſa reuenditione. Idem probat text. in l. Non icciirco, & in l. ea conditione. C. de reſcindenda venditione, quibus in locis dicitur, non icciirco licere à venditione recedere, quòd totum pretium ſolutum ex lege contractus non ſit, ſed actionem ad reſiduum, quod debetur, competere.

Secundum argumentum. Mora regulariter purgari poteſt, *l. Interdum. §. vltim. ff. de verb. oblig. §. vlt. in inſtitutionibus, de perpetuis, & temporalibus actio.* Ergo & hoc in caſu redimere volens audiendus erit, ſi poſt elapſum tempus reſiduum præſtare, atque adeò moram purgare paratus ſit.

Argumenta verò Cagnoli ſunt iſta. Nemo poteſt ex contractu agere, niſi illum perfectè adimpleuerit pro parte ſua, *l. Iulianus. §. offerri. ff. de actionibus empt.* Sed hic redimere volens perfectè non adimpleuit, quia pretium totum tempore conuento non ſoluit. Ergo actionem non habet ad redimendum.

Secundò. Nemo tenetur fidem obſeruare illi, qui prius eam non ſeruauit, *l. cùm proponas, 2. C. de pactis.* Sed hic redimere volens non ſeruauit, quia non ſoluit, &c. Ergo, nec illi ſeruanda eſt.

Tertium argumentum eſt ex l. Si quis ita, §. Sententia. ff. de verb. obligat. vbi ſoluens partem ſummæ promiſſæ intra tempus conſtitutum non auditur, ſi poſt elapſum terminum reſiduum ſoluere velit, ſed non reperitur ille textus.

Ego animaduerti ſententiam Cagnoli ſecutum fuiſſe Ioannem Petrum Surdum *in conſil. 52.* vbi citat etiam Ancharanum, *quæſt. familiari 12. numer. 12. in 1. part.* Exiſtimo autem quæſtionem poſſe definiri ex reſponſo Scæuolæ in l. Si ita quis, §. Seia cauit. ff. de verbor. obligat. cuius verba hæc ſunt. [*Seia cauit Lucio Titio, quòd mandante eo hortos emiſſet, cùm pretium omne cum vſuris ab eo recepiſſet, ſe in eum proprietatem hortorum tranſlaturum. Deinde incontinenti inter vtrumque conuenit, vt intra Kalend. Aprilis primus vniuerſam ſummam mandator numeraret, & hortos acciperet. Quæritur cum ante Kalend. Aprilis non omne pretium cum vſuris à Lucio Titio Seiæ ſolutum ſit, interpoſito tamen modico tempore, reliquum pretium cum vſuris Seiæ Titius ſoluere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, & vſque in hodiernum diem per Titium non ſtet, quò minus reliquum ſoluat, an ſi nihilominus Lucius Titius Seiæ pecuniam vniuerſam ſoluere ſit paratus, ex ſtipulatu agere poſſit; Reſpondit poſſe, ſi non multò poſt obtuliſſet, nec Mulieris quicquam propter eam moram intereſſet. Quod omne ad Iudicis cognitionem remittendum eſt.*]

Hoc reſponſo dirimitur omnis hæc controuerſia, vt fateatur etiam Surdus *loco allegato, num. 44. & 45.* Nam ſi paulò poſt tempus elapſum reſiduum pretij offeratur, nec Aduerſarij interſit, reuenditioni locum eſſe non dubito, alias ſecus.

Non obſtant argumenta in contrarium; quia fateor actionem ex contractu non dari illi, qui non ſeruat contractum ex ſua parte, & fateor frangenti fidem non eſſe fidem obſeruandam: ſed in hac ſpecie fides obſeruatur, & licet aliqua mora interponatur, ſi tamen emptoris non interſit, nullum afferre debet venditori detrimentum.

Quod ſi longè poſt tempus reſiduum pretij offeratur, aut emptoris interſit, non erit reuenditioni locus. Nec obſtat id, quod dicebatur, non icciirco licere à contractu recedere, quod totum pretium ſolutum non ſit, *ex l. non icciirco, C. de reſcin. vend. & ex alijs legibus.* Quia id locum habet, vbi quis agendo, vellet à contractu recedere, atque illum infirmare, ſecus autem, quando excipiendo quis aduerſus eum ſe defendit, qui contractum non adimpleuit, *ſicuti declarat optimè Rimiinald. in l. Cùm proponas, column. 2. C. de pactis. Alciatus, in conſil. 108. num. 5. Franciſcus Becius, in conſil. 45. num. 38. Roland. à Valle, in conſil. 38. lib. 4.*

Porrò tertium argumentum Cagnoli, *ex l. Si quis ita. §. ſententia.* nihil mouet, neque enim reperitur illa lex, niſi errore librariorum illo textus allegatus fuerit loco, L. Si ita quis. §. Seia cauit, ex quo textu, vt iam dixi, quæſtio optimè definitur.

CAPVT V.

Controuerſia inter Socinum, & Iaſonem de eo, qui vendere promiſit, pretioq́ue accepto rem tradidit, nulla tamen venditione facta, an dominium rei in accipientem tranſtulerit.

CELEBRIS eſt controuerſia inter Socinum & Iaſonem de eo, qui vendere aliquam rem promiſit, & nulla venditione facta, rem tradidit, an dominium tranſtulerit? Etenim, Iaſon dominium tranſlatum eſſe negabat, *in l. ſi ante. ff. ſolut. matrim. & ita etiam reſpondit ex facto interrogatus, in conſ.* 117. *lib.* 1. Contrarium autem Socinus docuit *in eadem l. ſi ante, & contrarium reſpondit in conſil.* 170. *lib.* 2.

Argumenta Iaſonis potiora, ſunt iſta. Promiſſio de vendendo non eſt venditio, ideo nec per eam dominium transfertur, ſed tantùm actio perſonalis contra promittentem datur, *l. ſi ſterilis. §. ſi tibi fundus. ff. de actionib. empt. l. Qui fundum. ff. de contrah. empt.* Sed hic eſt pactum de vendendo, & nulla eſt ſecuta venditio. Igitur, &c.

Secundò, Nuda traditio in aliquem dominium non transfert, ſed requiritur cauſa idonea, *l. nunquam nuda. ff. de acquir. rer. dominio.* Sed hic nuda eſt traditio rei; Nec pactum de vendendo cauſa eſt idonea ad tranſlationem dominij. Igitur.

Argumenta verò Socini potiora, hæc ſunt. Per traditionem dominium acquiritur, ſi præcedat cauſa ſufficiens ſaltem in potentia, *l. Sub conditione, & ibi Bart. ff. de ſolut. l. Dotis fructus, §. vltim. & l. ſeq. ff. de iure dotium, l.* 1. *§.* 1. *ff. pro dote.* Sed hic traditio interuenit & præceſſit cauſa idonea, ſaltem in ſpe, & potentia, vt loquuntur, nempè, pactum illud de vendendo. Ergo, &c.

Secundò. Emptor reſpectu rei emptæ, & Maritus reſpectu dotis, æquiparantur, ſicut enim emptor habet rem, quia pretium ſoluit, ita Maritus dotem, quia ſuſtinet onera matrimonij, *l. ex promiſſione. ff. de action. & obligat.* Sed maritus dotem accipiens ante contractum matrimonium, dominium eius acquirit, ſi ſuſtineat onera matrimonij, *vt docet gloſſ. communiter recepta, in l. ſi ante, ff. ſolut. matrim.* Ergo & emptor dominium acquirit, ſi rem acceperit, & pretium ſoluerit.

Ego longè probabiliorem, & communiorem eſſe iudico ſententiam Socini, *eam enim ſecuti ſunt Decius, in conſil.* 614. *Curtius iun. in conſil.* 82. *Ruin. in conſil.* 47. *lib.* 4. *Cagnol. ad l.* 2. *C. de pact. inter empt. & vend. numer.* 172. *& alij, quos refert & ſequitur Tiraq. de retractu conuent. ad finem tit. num.* 83. A Iaſ. autem ſententia eſt Ruin. *in conſil.* 77. *numer.* 9. *lib.* 1. & authoritas Alex. *in conſil.* 73 *lib.* 2. qui tamen loquitur eo in caſu, quo totum pretium non eſt ab emptore ſolutum.

Probatur verò euidenter, quoniam empt. & vend. perficitur ex conſenſu contrahentium, *l. conſenſu. ff. de act. & obligat.* Sed in hac ſpecie conſenſus adeſt contrahentium, vt patet ex factis ipſis, nempè, ex rei traditione, & pretij ſolutione. Ergo videtur eſſe perfecta venditio, & dominium tranſlatum. Ex factis enim voluntatem & conſenſum elucere, perinde, ac ex verbis, exploratum eſt, *in l. de quibus ff. de legib. in l. Recuſare. ff. de acquir. hared. & alibi.*

Ad argumentum Iaſon. ita reſpondeo. Quod attinet ad primum, concedo aliud eſſe venditionem, aliud pactum de vendendo, ſi nihil aliud concurrat; ſed hic ſunt circumſtantiæ, quæ venditionem conſtituunt & faciunt, nempè, pretij ſolutio, & rei traditio, ex quibus venditio efficitur, nec enim verbis opus habet, ſicut ſtipulatio.

Ad ſecundum. Fateor nuda traditione dominium non transferri, ſed hic traditio non eſt nuda, ſed eſt cauſa venditionis, quæ reſultat ex traditione facta, & numeratione pretij.

CAPVT VI.

Re vendita cum pacto redimendi, incrementum alluuionis an pertineat ad eum qui redimit, an ad eum, qui reuendit.

DE incremento alluuionis, an pertineat ad emptorem qui reuendit, an verò ad venditorem, cui fundus reſtituitur, non

vulgaris eſt controuerſia. Triplex enim eſt Doctorum ſententia.

Prima. Huiuſmodi incrementum ad venditorem pertinere, cui fundus reſtituitur. Huius ſententiæ author citatur Paulus Caſtrenſ. *in conſ.*388. *Videtur dicendum, ſecundùm antiquam impreßionem, ſed non reperitur illud conſilium, vt Tiraquell. dicit, de retractu conuentionali, num.*92.*ad finem tituli.*

Eandem ſententiam aliquando ſecutus eſt Cagnolus, *vt ipſe refert in l.* 2. *numer.* 189. *C. de pactis inter emptor. & venditor.* Et confirmari poteſt duobus argumentis. Alterum eſt. Reſoluta venditione omne commodum interea contingens, ad venditorem reuertitur, *l. Cùm autem.* §. 1. *ff. de ædilitio edicto, l. ſi hominem. ff. de vſucap. l. quod dictum, & l. Imperator. ff. de in diem addictione.* Sed in hac ſpecie venditio reſoluitur ex pacto reuenditionis, & reſtituitur res venditori: Ergo reſtituenda eſt cum omni acceſſione, & commodo.

Alterum argumentum. Augmentum, ſiue acceſſio pertinet ad eum, ad quem res ipſa pertinet, quia ſequitur rem ipſam, vt patet in re pignori obligata. Si quid enim illi interea accedit, pertinet ad creditorem, cui res reſtituitur, *l. fundus.* §. *ſi res, l. Paulus.* §. *ſi domus. ff. de pignor. l. ſi conuenerit,* 2. §. *ſi nuda. ff. de pignoratitia actione.* Ergo acceſſio per alluuionem facta pertinere debet ad venditorem, quia ipſi venditori res reſtituitur.

Secunda eſt opinio. Si venditio facta ſit ad corpus, vt loquuntur noſtri, ad venditorem pertinere augmentum alluuionis ſimul cum ipſo fundo reſtituto. Si verò facta ſit ad menſuram, ad emptorem pertinere. *Ita Gozadin. ad d. l.* 2. *C. de pactis inter empt. & vendit. in pœn. q. & Franciſcus Zoanetus ibidem, num.*128.

Fundamentum eſt, quia vbi venditio eſt perfecta, omne commodum, & incommodum ad emptorem ſpectat, *l.*1. *C. de periculo & commod. rei venditæ.* Sed hic reuenditio videtur eſſe perfecta, quia inter partes eſt conuentum; vt reuenditio fiat certo pretio, Ergo ad eum, qui rem redimit, omne commodum ſpectare debet.

Hæc vera ſunt, cùm venditio facta eſt ad corpus, cæterum, ſi ad menſuram facta ſit, quia certus eſt numerus iugerum agri venditi, ſufficit emptori ſi tot iugera reuendendo reſtituat, quot ipſi tradita ſunt à venditore, quòd ſuprà eſt, ſibi retinere poteſt.

Tertia eſt ſententia vera, & communis. Augmentum de quo agitur, ad emptorem pertinere. *Ita Hieron. Cagnol. in l.*2. *num.*190. *C. de pactis inter empt. & vendit. Iacob. Menoch. alios citans, in conſil.*26. *lib.*1. *& nouiſſimè Senatus Pedem. apud Ant. Teſſaur. deciſ.*140.

Probatur hæc ſententia duobus potiſſimum argumentis. Alterum eſt. Emptio cum pacto reuendendi dicitur eſſe perfecta, vſque adeò, vt emptor interea dominium acquirat, & fructus tanquam dominus conſequatur. *Hanc propoſitionem latè probat Tiraquell. de retractu conuent.* §.2. *gloſſ. num.* 34. Ergo omne incrementum, & commodum ad ipſum emptorem ſpectat. *Hanc conſequentiam probat text. in l. Id quod. ff. de periculo & commodo rei venditæ, & in l.*1. *C. eod. tit.*

Alterum argumentum. Inter contrahentes æqualitas eſt obſeruanda, *l. ſi id quod,* §. *vlt. ff. de reſcind. vend. & latè reſpondet Crauet. in conſil.* 245. *num.*7. Sed ſi fundus diminueretur, damno id cederet emptori, nec enim venditor illum redimere cogetur. Ergo & commodum augmenti ad emptorem ſpectare debet. Facit regula l. Secundùm naturam. ff. de reg. iur. & ferè in terminis, l. pen. C. de ſolutionibus, & vbi text. ita dicit: [*Cùm pro pecunia, quam acceperas, ſecundùm placitum Euandro te fundum dediſſe profitearis, eius induſtriam, vel euentum meliorem tibi, non ipſi prodeſſe, contrarium non poſtulaturus, ſi minoris diſtraxiſſet, non iuſtè petis.*]

Ad argumenta in contrarium reſpondeo. Quod attinet ad primum: Diſtinguo Maiorem. Nam ſi venditio reſoluatur, eo quòd facta ſit ſub conditione, ſiue ſub tali pacto, vt pro infecta habeatur, tunc fateor perinde ſtatuendum eſſe, ac ſi facta non eſſet venditio, ac proinde omnia eſſe reſtituenda venditori, quæ in medio tempore acceſſerunt. Secus autem dicendum, vbi venditio eſt reſoluta ex pacto reuendendi,

neque

neque enim perinde reſoluta eſſe videtur, ac ſi facta non fuiſſet, quia ſic etiam fructus medio tempore percepti reſtituendi eſſent venditori, quod eſt falſum.

Ad ſecundum reſpondeo. Leges allegatas loqui in creditore, qui cum dominium rei pignoratæ non habeat, ſed illud pertineat ad debitorem, merito etiã carere debet eo augmento, & commodo, quod rei acceſſit alienæ.

Ad argumentum ſecundæ opinionis, reſpondeo. Nihil aliud probare, niſi commodum & incommodum ſpectare ad emptorem, & conſequenter etiam ad hunc redimentem, poſteaquam reuenditio facta eſt, & id nemo negat, ſed quæſtio eſt de augmento quod medio tempore acceſſit, videlicet, antequam venditor oblato pretio venditam rẽ ſibi reſtitui ac reuendi peteret.

Caput VII.

Vtrum, qui promiſit facere pactum de reuendendo, immediate, cogi poſſit ad reuendendum.

EVm, qui promiſit facere alicui pactum de reuendendo, immediate cogi poſſe ad reuendendum, cenſuerunt Ioan. Franciſcus Purpuratus, *in l. Cum fundus, §. ſeruum tuum, ff. ſi cert. pet.* Boerius *deciſ.* 183. *numer.* 14. & Tiraquellus *de retractu conuent. ad finem tit. num.* 61.

Contrarium reſponderunt Cagnolus, *ad l.* 2. *num.* 201. *C. de pactis inter empt. & vend.* & Roland. à Valle, *in conſ.* 69. *lib.* 3. Huius quæſtionis definitio pendet ex doctrina Ioan. Andr. *in additione ad Spec. tit. de ſolutionib. & oblig.* vtrum ſcil. vera ſit, vel falſa. Dixit Ioan. Andr. Eum, qui promiſit ſe obligaturum ad decem, immediate ad decem præſtanda conueniri poſſe.

Nos hic tria breuiter præſtabimus. In primis docebimus Ioan. Andr. ſententiam frequentioribus Doctorum ſuffragijs munitam eſſe. Deinde probabiliorem eſſe demonſtrabimus, quàm contraria ſententia. Tertio quæ ſit in ſpecie propoſita opinio noſtrà ſubiungemus.

Communionem eſſe hanc ſententiam Ioan. Andreæ, patet ex Doctorum numero, qui eam ſunt ſecuti, *Alexan. Socin. Iaſon. Curtius iun. & Purpuratus, ad l. cum fundus, §. ſeruum tuum, ff. ſi cert. pet. Ruin. in l.* 4. *§. Cato, nu.* 25. *ff. de verb. oblig. Rom. ſing.* 186. *Obligo me. Gomeſ. in § in perſonam, nu.* 41. *de act. Afflict. deciſ.* 61. *Rub. conſ.* 29. *Caſſaneus in conſ.* 56. *Zaſ. in conſ.* 10. *nu.* 36. *lib.* 2. *alios citans Hieron. Gabr. in conſ.* 58. *nu.* 11. *Michael Graſſus lib. commun. opin. c.* 20. *Burſatus in conſ.* 100. *n.* 11. *lib.* 1.

Eandem vero ſententiam improbarunt Decius, & Rimina. *in d. §. ſeruum tuum.* Marſil. *ſing.* 469. Grammaticus *deciſ.* 103. *nu.* 188. *& quidam alij.* quos commemorat Rol. à Valle, in conſ. 69. num. 25. lib. 3. vbi tamen Alciat. citat, qui hoc non dicit.

Hos vero, & numero & authoritate longe antecedunt ſententiæ Ioan. Andr. ſectatores, vt patet.

Quod attinet ad ſecundum, veram eſſe hanc ſententiam, ſic demonſtro. Circuitus inutiles euitandi ſunt, *l. Cum fundus, §. ſeruum tuum. ff. ſi certum petatur, l. domi teſtamento, ff. de condict. in deb. Clement. Auditor. de reſcript.* Sed euitantur inutiles circuitus hoc in caſu, ſi promiſſor immediate cogatur ad ſoluendum, ergo cogi debet.

Secundo. Pactum de liberando aliquẽ, liberationem parit, vt propterea exceptio detur debitori. Ergo eodem modo pactum de ſe obligando, obligationem inducere debet. Prior illa propoſitio probatur ex l. Si intra, ff. de pactis, & ex l. Si creditoris, C. de fideicom.

Quinque vero ſunt potiſſimum argumenta contrariæ ſententiæ: Primum, actus agentium non operantur vltra eorum intentionem, *l. Non omnis. ff. ſi cert. pet.* Sed promittens ſe obligaturum, non videtur animum habuiſſe ſe ſtatim obligandi, ergo ſtatim conueniri non poteſt, vt ſoluat.

Reſpondeo. Cum nulla dies adijcitur, præſenti die debetur id, quod promiſſum eſt, *l. Eum qui Kalendis. §. Quoties. ff. de verb. obl.* Ergo is, qui promiſit ſe obligaturum, ſtatim conueniri poteſt, non tantum, vt ſe obliget, ſed ad euitandos circuitus, vt ſoluat.

Secundum arg. Qui promittit ſe obligaturum, videtur promittere factum, argumento *l. conſilio, in fin. ff. de curatore furioſor.* Conſequenter præciſe cogi non poteſt, ſed præſtando intereſſe, liberatur *l. Stipulationes non diuiduntur, ver. Celſus, ff. de verb. obl. ſi pœna, in fin. ff. eod.* Ergo ſtatim ad præſtanda decem non compellitur.

Reſpondeo. In hac ſpecie, id quod intereſt, nihil aliud eſſe, quam rem ipſam promiſſam, nam ſi tu promiſiſti, te mihi obligaturum ad decem, nec te obligare velis, id, quod mea intereſt præſtando, decem procul dubio mihi præſtabis, quia mea intereſt habere decem. *Facit tex. in l. Stipulatio iſta, § alteri, ff. de verbor. oblig. dum ibi dicitur inuentas eſſe ſtipulationes, vt vnuſquiſq; ſtipuletur, quod intereſt.*

Tertium argumentum ſumitur ex l. Si quis ſtipulatus ſit Stichum, §. vlt. ff. de verb. obl. vbi is qui promiſit fide iubere, pro fideiuſſore non habetur, ſed in id tenetur, quod ſtipulatoris intereſt.

Reſpondeo. Illud merito eſſe conſtitutum, in ea ſpecie, quia non aliã ob cauſam ſatiſdatio à ſtipulatore deſideratur, quam vt ſuæ proſpiciat indemnitati. Quare ſi cõſequatur id, quod ſua intereſt, propterea quod fideiuſſio non præſtatur, ſatis illi conſultum eſt.

Quartum argumentum. Aliud eſt venditio, aliud promiſſio de vendendo, ex cõmuni Doctorum ſententia. *Caſtr. & alij, in l. in bonæ fidei, ff. de eo quod certo loco*, ergo ſimiliter aliud eſt promiſſio de ſe obligando, aliud ipſa obligatio.

Reſpondeo. Concedo totum arg. Sed propter circuitum datur actio immediate ad promiſſa.

Quintũ argumẽtum ſumitur ex l. Quod ſi nolit, §. in factum. ff. de ædil. edicto, vbi Iuriſconſultus docet non poſſe ad precium agi, ex pacto de redhibendo, ſicut ex ipſa redhibitione. [*In factum, inquit, actio competit ad precium recuperandum, ſi mancipium redhibitum fuerit.* Et paulo poſt. *Illud plane hæc actio exigit, vt ſi redhibitum. Cæterum niſi fuerit redhibitum deficit iſta actio, etiamſi nudo conſenſu placuerit vt redhibeatur.*]

Reſpondeo, ex pacto actionem nõ dari, *l. Iuris gentium. §. igitur nuda. ff. de pact.* Merito ibi non datur actio, ſi nudo conſenſu placuerit vt redhiberetur. At in quæſt. noſtra, præſupponendum eſt oriri actionem ex promiſſione facta, vel quia ſtipulatione vallata ſit: vel quia ſufficientem habeat cauſam vnde actio oriatur.

Quod vero attinet ad tertium, quod ſupra ſum pollicitus, vbi pactum de reuendendo continet rem certam, ac precium certum, exiſtimo promittentem immediate compelli poſſe ad reuendendum. Mouet me imprimis authoritas Ioan. Andreæ, & ſequacium, tum illa ratio circuitus euitandi.

Reſpondet Rolan. à Valle, Ioan. Andreæ deciſionem longe differre ab hac ſpecie, quoniam obligatus ad reuendendum, dicitur eſſe obligatus ad factũ, quo caſu præciſe compelli non poteſt, ſed præſtando intereſſe, liberatur, quod quidem intereſſe eſt incertum. Sed in caſu Ioan. Andr. certum eſt ac definitum.

Replicatur, falſum eſſe antecedẽs, quod ſcilicet obligatus ad reuendendum, præciſe compelli non poſſit, vt in ſequenti capite fuſius demonſtrabitur.

Capvt VIII.

Is qui reuendere promiſit, an præciſe compelli poſſit ad reuendendum.

Evm, qui reuendere promiſit, ad reuendendum præciſe compelli non poſſe, reſponderunt *Corneus in conſ. 4. li. 1. Socin. ſen. in conſ. 253. in q. 3. lib. 2. Gozadinus ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. col. 2. & ibi etiam Cagnolus, nu. 12. n. 129. Cotaſius lib. 3. Miſcellaneorum, cap. 9. & alij, quos recenſet Tiraq. de retractu conuentio. §. 1. Gloſſ. 7. n. 60.*

Fundamentum eſt in eo, quod obligatus ad factum, præciſe compelli non poſſit, ſed in id quod intereſt, condemnetur, *l. ſtipulationes nõ diuiduntur, verſ. Celſus, ff. de verb. obl.* Sed talis promittens dicitur eſſe obligatus ad factum, Reuendere enim eſt facti,

argu.n.l.4.ff.de vſur.& l.Conſilio, in fin.ff.de curatore furioſior. Ergo præciſe compelli non poteſt.

Sed contraria ſententia ſemper mihi verior viſa eſt, *quam amplexi fuere Pinellus in Cõmentariis l.2.C.de reſcin.vend.in 2.par.c.3.n.22. Ioan.Bapt.Lupus in commentariis l.2. C. de pactis inter empt. & vend. commum.2. num.24.verſ.ſed aduertendum eſt, Caſſaneus in conſuetu.Burgund. Rubr.5.§.1.verſ.Aduerte, & Franciſcus Zoanetus, in ead.l.2.nu.78.*

Probatur hæc ſententia lege, & ratione, lege quidem, quia ita conſtitutum eſt in d. l.2.C.de pact.inter empt.& vend. [*Si fundum,* inquit, *parentes tui ea lege vendiderunt, vt ſiue ipſi, ſiue heredes ipſorũ emptori pretium, quandocunque, vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, teq; parato ſatiſfacere conditioni dictæ, heres emptori non paret, vt contractus fides ſeruetur, actio præſcriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum; quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.*]

Nec obſtat verbum, *reſtituere,* quo vſi ſunt in ea ſpecie contrahentes, & quod in primis perpendunt contrariæ ſententiæ authores. Quoniam cum intelligi debeat ſecundum ſubiectam materiam, vt regulariter verba accipiuntur, idem importat, quod reuendere. Vel id, quod reuenditionis cõſequens eſt, emptori rem reſtituere.

Ratione vero probatur hæc ſententia, quia ſemper contractus interpretari debet ſecundum mentem contrahentium, *l.Semper in ſtipulation.de reg.iur.* & prout ipſi contrahentes veriſimiliter reſpondiſſent, ſi tẽpore contractus fuiſſent interrogati, *l.Tale pactum.§.vlt.vbi Iaſon late nu.16.ff.de pact.* Ac denique in eum modum interpretari debet, per quem nemo ex contrahentibus decipiatur, *l.Si id quod, ff de reſcin.vend.l.penult.in fine, C.communi diuidundo, Cr.suetta in conſ.133 num.7.& alibi.*

Sed ſi dicamus, promittentem eſſe præciſe compellendum, & ſatisfacimus menti contrahentium, & nemo deceptus remanet, ſi vero ſecus interpretemur, contrariũ ſequitur: Ergo illa interpretatio præcipua eſſe debet, quæ promittentem præciſe cogit ad reuendendum, atq; adeo ad rem reſtituendam, cum ſcilicet rei reſtituendæ facultatem habet.

Illa minor propoſitio euidenter patet. Quis enim in ea conuentione exiſtimaret aliud, quam eum animum vendentis fuiſſe, vt reſtituto pretio rem ſuam recuperaret? Quis non videt eum decipi, ſi in eo laborare debeat, vt id, quod ſua intereſt, demonſtret, cuius rei plerunq; difficilis probatio eſſe ſolet, vt iccirco de pœnis in facti ſtipulationib.adijciendis admoneamur, ne circa eiuſmodi probationes laboremus, *§. non ſolum, in Inſtit.de verb.oblig.*

Ad argumentum contrariæ ſententiæ vno verbo reſpondetur. Illud in præſenti ſpecie vires non habere, propter circumſtantias ſupradictas, quibus euincitur, eam fuiſſe mentem contrahentium, vt præciſa eſſet obligatio.

Caput IX.

De mutatione monetæ, Controuerſiæ ſex.

Cum mutatio monetæ alia ſit extrinſeca, alia vero intrinſeca, quædam ſunt de vtraque controuerſiæ.

Extrinſecam mutationem appello vna cum Doctoribus, quoties materia non mutatur, ſed tantum æſtimatio. Intrinſecam vero quoties eadem æſtimatio quidem manet, ſed materia pretioſior, aut vilior efficitur.

De extrinſeca ſunt quinque controuerſiæ. Prima in contractu mutui. Secunda in dote. Tertia in emptione & venditione. Quarta in eodem contractu, vbi pactum reuendendi acceſſit. Quinta in legato teſtatoris. Circa vero intrinſecam mutationem, vnica eſt generalis controuerſia: Sitne habenda ratio ipſius mutationis intrinſecæ, ita, vt eadem bonitas materiæ, quæ tẽpore contractus aderat, etiam tempore ſolutionis præſtari debeat.

Quod attinet ad primam quæſtionem, ſeu controuerſiam, illa eſt huiuſmodi. Si tu mihi mutuaſti centum aureos, & ante-

antequam reſtituerem, aucta, vel diminuta ſit aureorum æſtimatio, vtrum id cadat tui creditoris commodo vel incommodo, an vero mei debitoris.

Tres ſunt Doctorum ſententiæ: Vna, Hanc mutationem pertinere ad commodum, vel incommodum debitoris. *Huius ſententia Authores ſunt Anton. Butr. & Abb. in c. Quanto, de iureiur. Curt. ſen. & iun. ad l. Cũ quid, ff. ſi cert. pet. Modern. Pariſ. in tract. de Contract. quæſt. 92. nu. 604. Qui quidem tractatus adſcribitur Gaſpari Caballino. In eandem ſententiam propendere videntur, Decius in d. l. Cum quid, nu. 56. & Couarruuias de collatione veter. numiſ. §. vlt. numer. 3. verſ. Caeterum. Idem tradit Afflict. deciſ. 194. num. 5.*

Argumenta huius ſententiæ ſunt hæc, Subſtantia nummorum in ęſtimatione potiſſimum conſiſtit, l. 1. ff. de contrah. empt. ibi, [*Ea que materia forma publica percuſſa vſum, dominiumq; non tã ex ſubſtantia prabet, quam ex quantitate.*] Ergo id actum inter contrahentes cenſetur, vt pecunia reſtituatur eiuſdem æſtimationis, non autem maioris, neq; minoris. Conſequenter, ſi diminuta eſt æſtimatio Principis edicto, tot Creditori refundere nummos debitorem oportet, vt eandem pecuniæ æſtimationem accipiat quam mutuo dedit. Quemadmodum & contra, ſi augeatur æſtimatio, debitori ſufficiet, tantum reſtituere, quanta erat pecuniæ mutuo datæ æſtimatio.

Secundum argumentum. Obligatio ad pecuniam dicitur eſſe certa, *l. Nummus. ff. de in litem iurando, l. 1. ff. de condict. triticaria.* Ergo ſiue augeatur, ſiue minuatur æſtimatio pecuniæ: nil creditoris intereſſe videtur, ſi modo illi reſtituatur pecuniæ ęſtimationis eiuſdem, quam ipſe dedit, alioqui, ſi ſecus ſtatuatur, incerta erit obligatio, & variabitur ex mutatione ipſius monetæ.

Tertium argumentum. Pecunia recipit functionem in genere ſuo, & quidem etiam cum pecunia diuerſæ ſpeciei, vel materiæ, *l. Quae extrinſecus. ff. de verb. oblig.* Ergo pecuniæ ęſtimatio principaliter in contractum deducta eſſe videtur, ſufficit enim ſi creditori altera tanta pecunia diuerſæ ſpeciei, eiuſdem tamen æſtimationis reſtituatur. Quod ſi æſtimatio præcipue attendenda eſt, illa certe attendenda erit, quæ tempore contractus erat, *argumen. l. Rutilia Polla, ff. de contrah. empt.* Conſequenter omnis mutationis commodum, vel incommodum, ad Debitorem ſpectare debet, non autem ad Creditorem.

Quartum argumentum. Si diminutio æſtimationis damno creditoris cedere deberet, ſequeretur abſurdum, nempe, cum, dum alteri bene facit, in damnum incideret: Quod probatur: Nam ſi pecuniam non mutuo dediſſet, potuiſſet eam exponere, ſecundum æſtimationem, quæ erat tempore contractus.

Quintum argumentum. Si mutatio iſta, præſertim vero diminutio pretij ac æſtimationis, ad creditorem pertineret, ſequeretur debitori licere, mutuo acceptum reſtituere non æque bonum, quod eſt contra l. Cum quid, ff. ſi cert. per. Ergo potius ad debitorem pertinere debet.

Sextum argumentum. Si ad creditorem pertineret hæc mutatio, & diminutio contingeret æſtimationis, lucrum faceret ipſe debitor, & commodũ ſentiret, quia nummos expendere poſſet, ſecundum æſtimationem illam, quæ tempore contractus erat: Interim frueretur viura temporis, & beneficium acciperet. At contra creditor, dum alteri gratificaretur, damnum pateretur. Sed iſta ſunt iniqua, & contra iuris regulas, quę inter contrahentes æqualitatem ſeruandam eſſe monent, ergo non pertinet hæc res ad Creditorem.

Septimum argumentum. Conſuetudo eſt notiſſima, fere vbique, vt debitori liceat in alia ſpecie monetæ creditori pecuniam reſtituere, ſi modo eandem reſtituat quantitatem & æſtimationem pecuniæ. *ſicuti teſtantur Barto. in l. 1. ff. de aur. & arg. leg. & in l. Paulus. ff. de ſolution. Socin. ſen. in conſil. 6. lib. 1. Menoch. in conſil. 49. numer. 19. libr. 1.* Ergo, ſiue minuatur, ſiue augeatur æſtimatio, creditori ſufficit accipere pecuniam ſibi debitam, ſecundum æſtimationem, quæ tempore ſolutionis eſt, ſi modo tantum conſequatur, quanti æſtimabatur pecunia mutuo data tempore contractus.

Pro hac ſententia facit Bartol. doctrina in l. cùm certum, ff. de auro & argent. legat. Quam refert & ſequitur Curt. iun. in conſ. 24. num. 5. & 6. Menoch. d. conſ. 49. num. 17. lib. 1.

Poſtremum argumentum eſt ex c. olim, de cenſibus. Sed loquitur de mutatione intrinſeca, vnde non facit ad rem noſtram, *ſicuti monent Aret. in d. l. cùm quid, colum. 2. & Menoch. d. conſ. 49. num. 32.*

Secunda eſt opinio Baldi, *in l. Acceptam, q. 17. C. de vſur.* & loquitur potiſſimum, vbi æſtimatio eſt diminuta. Aut ſtatim atque debitor mutuo accepit, imminuta eſt æſtimatio, & tunc, quia nullum commodum ſenſit ex priore æſtimatione, ea diminutio cedere debet damno creditoris. Aut accidit ex interuallo temporis talis diminutio, poſtquam debitor pecuniam expendit, & antiquæ æſtimationis commodum ſenſit, & tunc debitoris incommodo ea diminutio cedere debet. *Hanc ſententiam magnopere commendat Modernus ille Pariſienſis in loco ſuperius annotato, num. 701.*

Tertia eſt ſententia vera & communis: In hac re diſcrimen eſſe ſtatuendum inter debitorem, qui non fuerit in mora ſoluendi, & eum, qui fuerit in mora: Nam ſi debitor fuerit in mora, damnum ex diminutione proueniens, ad eum pertinebit. Si verò non fuerit in mora, diminutionis detrimentum, vt & commodum augmenti creditoris erit. *Ita Bart. in l. Cùm quid, num. 17. ff. ſi cert. pet. & in l. Paulus, num. 8. ff. de ſolut. Caſtr. in ead. l. cùm quid, num. 6 necnon Soc. num. 42. & Alc. num. 68. Alex. ibid. num. 16. Baucrius in ſingularib. ſuis in rubr. Miſta, de contract. numer. 19. Couuar. de collat. veter. numiſ. c. 7. §. vnic. num. 3. Tiraq. de retract. conſang. G. 18. numer. 27. Alber. Brunus, in tract. de augmento & diminutione, concluſ. vltim. Limit. 1. Natta, conſ. 454. num. 2. & 3. Bologn. conſil. 16. Boer. deciſ. 327. num. 4. 7. & 9. Berous in conſ. 143. numer. 25. & 26. & 27. lib. 1. Coraſ. lib. 4. Miſcellan. c. 13. numer. 5. Andr. Gaill, lib. 2. pract. obſeru. c. 73. num. 9. Menoch. conſ. 49. num. 45. Hier. Gabr. conſ. 164. num. 4.*

Probatur hæc ſententia argumento ſumpto ex l. vinum, ff. ſi cert. petat. Notatur in ea lege, debitorem vini mutuo accepti, obligatum non eſſe reſtituendum vinum eiuſdem æſtimationis, quæ tempore contractus erat, niſi fuerit in mora. Ergo idem & in ſpecie iſta ſtatuendum videtur.

Confirmatur argumentum hac ratione; Cùm debitor non eſt in mora, cur pati debeat damnum ex diminutione æſtimationis, & non potius creditor, apud quem ſi nummi fuiſſent, damnum æquè ſenſiſſet? At potuiſſet inquies, expendere illos antequam decreſceret æſtimatio; Verum eſt. Quidni? Sed quis eum coëgit ad mutuandum? Quid ſi creuiſſet æſtimatio? Nonne lucrum perciperet ex horum ſententia? Ergo & damnum ferre æquo animo debet, ſatiſque debitor facit ſuæ obligationi, ſi totidem aureos, quot accepit, reſtituat, in bono auro vel argento, iuſtoque pondere.

Reſpondent contrariæ ſententiæ Authores; aliam eſſe rationem vini, quoniam vini æſtimatio prorſus eſt accidentalis, ita vt in contractu non cenſeatur eius habita ratio, at in pecunia ſecus, cùm eius vſus principaliter conſiſtat in æſtimatione extrinſeca.

Sed replicatur, non eſſe verum quod aſſumitur: nempè in pecunia principaliter habendam eſſe rationem æſtimationis extrinſecæ, immò verò æquè principaliter eſt habenda ratio æſtimationis extrinſecę, hoc eſt, bonitatis ipſius auri, vel argenti, eiuſque materiæ, *vt patet ex l. 1. C. vet. numiſm. poteſtate. & ex l. 1. C. de ponderator. & auri illatione, lib. 11.*

Vnde non obſtat primum argumentum ipſius contrariæ ſententiæ. Quod enim Vlpianus ait in l. 1. ff. de contrah. empt. [*Pecuniæ materiam, vſum & dominium, non tam ex ſubſtantia, quam ex quantitate præbere*] intelligendum eſt, quoad commerciorum & permutationum commoditatem, eam enim ob cauſam inuentus eſt nummus, cuius æſtimatione omnes res comparantur, atque ita etiam Vlpianus ipſe loquitur, vt patet.

Quod verò dicebatur pecuniæ æſtimationem principaliter in contractum veniſſe; actumque cenſeri inter partes, vt eiuſdem æſtimationis nummi reſtituantur, cōcluſioni noſtræ non officit; quia omnis obligatio regulariter habet locum, atque in-

telligitur, rebus ſic ſtantibus, ſecùs vbi mutatio eſt ſecuta, nec res eſt amplius in eodem ſtatu, *l. Quod Seruius, & ibi Iaſon notat numer. 8. de conditio cauſa data, cauſa non ſecuta, Late Tiraq. in l. Si vnquam, in præfatione, numer. 266. C. de reuocandis donat.* Ideò ſi diminutio æſtimationis facta fuerit, non tenetur debitor ad eam præſtandam, quæ tempore contractus erat.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo illud locum habere, ſi loquamur ſecundùm tempora Romanorum Iuriſconſultorum, tunc æſtimatio pecuniæ erat perpetua, & immutabilis, *l. ideò. ff. de eo quod certo loco.* Nunc verò variatur æſtimatio monetarum, vnde ſatis certa erit obligatio ad pecuniam, ſi inſpecto tempore contractus apparuerit, quid, quale, & quantum, nulla ratione habita incertæ & futuræ mutationis, *argumento l. cùm hic ſtatus, §. ſi ſponſus. ff de donationibus inter virum & vxorem.* Neque enim id, quod certum eſt contractus tempore, ideò minus certum reputandum eſt, quòd in futurum mutari poſſit, alioqui nulla erit certa inter homines diſpoſitio, quandoquidem omnia mutationi ſubiecta ſunt, *Facit text. in l. Quemadmodum. ff. ſi nauis, ff. ad leg. Aquiliam, in l. 1. ff. de in litem iurand. in l. plerunque, de reg. iur. cum alijs à Tiraquell. citatis, de retractu conuent. §. 2. Gloſſa vnica, numer. 37. & ſequent.*

Ad tertium argumentum, fateor pecuniam recipere functionem in genere ſuo, & actum cenſeri, vt eadem æſtimatio præſtetur, ſed hoc intelligi debet rebus ita ſtantibus, non autem mutatione facta æſtimationis.

Ad quartum. Concedo fieri poſſe, vt creditor ante mutationem pecuniam eam expendat, ſed conceditur, etiam fieri poſſe vt non expendat, ſed penes ſe retineat pecuniam, itaque res eſt incerta, ita ſe habens ad lucrum, vt ad damnum. Lucrum enim faceret creditor, ſi augeretur æſtimatio, vt patet, conſequenter non debet conqueri, ſi ex diminutione ſentiat damnum, *l. ſi lege, C. de vſu l. 1. C. de pactis, cum ſimil. vt ſtatim dicetur.*

Ad quintum argumentum reſpondeo, illud pertinere ad mutationem intrinſecam, de qua nunc non diſputamus. Vini enim bonitas, nequaquam in æſtimatione conſiſtit, ſed pendet ex ſapore & guſtu, & alijs ſimilibus, vt notum eſt.

Ad ſextum reſpondeo. Nullum abſurdum ſequi ex hac communi ſententia, quoniam ſicuti damnum creditoris allegatur ex diminutione, & commodum debitoris, ita etiam è contra, allegari poteſt creditoris commodum ex augmento æſtimationis. Quare hæc res, quæ ſe habet æquè ad damnum, & ad lucrum, nil iniuſti, nil abſurdi continere videtur, *l. de fideicommiſſ. C. de tranſact. l. ſi pater puella, C. de inoff. teſtam. l. ſi ea lege, C. de vſuris. Tiraq. de iure primogenitorum, in 6. queſt. num. 4.*

Ad vltimum argumentum reſpondeo, negando conſuetudinem illam generalem extare, ſicuti negat Purpuratus, *in conſil. 522. num. 31. lib. 2.* Deinde reſpondeo, Bartol. qui allegatur, melius alibi docuiſſe, quàm in l. cùm certum. ff. de aur. & argent. leg. ſicuti animaduertit Natta *in d. conſil.* 454. *numer. 6.* atque intelligendum eſſe iuxta communem ſententiam, nempè, vt creditoris ſit periculum, vel damnum, *ſicuti declarat Berous, in d. conſil. 143. numer. 26 lib. 1.* Et tantum de hac prima quæſtione.

CAPVT X.

Explicantur aliæ quatuor Controuerſiæ de mutatione extrinſeca monetæ, nec non poſtrema, de mutatione intrinſeca.

SEQVITVR ſecunda controuerſia de contractu dotis, in qua quidem Sacro Regio Conſilio Neapolitano viſum eſt, inſpiciendam eſſe æſtimationem, quæ tempore contractus erat, & idcircò debitorem ſupplere oportere quod deeſt, ſi fortè decreuerit æſtimatio, *ſicuti teſtis eſt Afflictus, deciſ. 194. Eandem ſententiam quibuſdam adiectis conditionibus amplexus eſt Pariſ. ille in tract. de Contract. num. 717.*

Cæterùm, & in hac ſpecie longè verior & communior eorum ſententia mihi videtur, qui diſtinguunt eo modo quo in præ-

præcedenti, vt videlicet, ſi debitor in mora exiſtat, ipſius ſit periculum, & damnum ex mutatione proueniens, ſecùs autem, ſi non fuerit in mora. *Ita Bald. in conſil. 213. Punctus quæſtion. talis eſt, lib. 5. Aret. in conſil. 84. Ludouic. Bologn. in conſil. 16. Natta in conſil. 454. & Nicolaus Boer. deciſ. 327. vbi teſtatur hanc eſſe communem ſententiam, & ita iudicatum fuiſſe.*

Probatur hęc ſententia iiſdem argumentis, quibus Doctores vtuntur in pręcedenti controuerſia; iiſdemque modis argumenta contrariæ ſententiæ refelli poſſunt, quibus in præcedenti controuerſia confutata ſunt.

Quod attinet ad tertiam, in ea ſum ſententia, vt ex præmiſſis decidatur, quoniam in contractu emptionis, & venditionis eadem planè eſt ratio, quæ in alijs contractibus, Mutui ſcilicet, & Dotis. Iccircò, ſi emptor fuerit in mora ſoluendi pretium venditori, mutationis periculum ſubibit; ſecùs ſi non fuerit in mora. *Ita Aret. in conſ. 11. num. 3. & de contractu locationis, & venditionis verba faciens Auguſt. Berous in conſil. 143. numer. 25. 26. & 27. lib. 1.* Quare longa illa Pariſienſis diſtin. *in d. tract. de contract. q. 93. numer. 712.* minimè neceſſaria eſſe videtur.

Quod attinet ad quartam controuerſiam Hieron. Cagnol. *in l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. num. 210.* in eam ſententiam propendere videtur, quam in ſuperioribus probauimus, dum citat Bart. *in l. Paulus. ff. de ſolut.* & Aret. *in conſil. 84.* Sed diſertè magis idem docet Boërius *deciſ. 327. num. 4.* Nempè, venditorem redimere volentem, totidem nummos, quot eidem numerati ſunt, emptori reſtituere debere, nulla ratione habita mutationis, ſed eius tantum æſtimationis, quæ tempore contractus erat. Idem reſpondit Crauetta *in conſ. 47.* quorum ſententia videtur mihi veriſſima. Nam venditor emptori promiſit idem pretium, quod accepit, reſtituere, puta centum aureos. Illud igitur reſtituit, centum aureos numerando.

Quòd ſi minoris ſint valoris, nulla eſt culpa vẽditoris, ſed Magiſtratus. Sed damnum emptor habet, illud æquo animo ferre debet, quia ſi aucta fuiſſet æſtimatio, lucrum feciſſet. Quare & in hac ſpecie valere iubeo Pariſienſem cum ſuis diſtinctionibus & ratiocinationibus. In maxima enim veterum Iuriſcõſultorum & Legiſlatorum ſilentio, iuuat communes ſententias amplecti, præſertim verò ratione munitas.

Atque idem ſtatuo in legato pecuniæ à teſtatore deſignatæ, vt ſcilicet, ea pręſtanda ſit legatario quantitas, quam teſtator reliquit, inſpecta illa æſtimatione, quæ tempore ſolutionis eſt, nulla ratione habita, mutationis ac diminutionis, niſi à tempore moræ, *ſecutus Paul. Caſtrenſ. qui ita docet in l. 3. C. communia de legatis.*

Nec me mouet authoritas Mariani Socini ſen. *in conſil. 6. lib. 1.* vbi indiſtinctè reſpondit habendam eſſe rationem æſtimationis, quę tempore teſtamenti erat; Eius enim argumenta hanc ſententiam non euincunt.

Inprimis ſic argumentatur. Teſtatoris voluntatem intelligendam eſſe ſecundùm tempus teſtamenti, *l. ſi ita, ff. de auro & argent. legat.* Conſequenter legatum nummorum ex tempore teſtamenti eſſe declarandum, vt ſcilicet, in ea æſtimatione præſtetur, quæ erat tempore teſtamenti.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Nam licèt habenda ſit ratio temporis teſtamenti conditi, quantum ad quantitatem & qualitatem nummorum, atque adeò quantum ad intrinſecam bonitatem ipſorum, non tamen eiuſdem æſtimationis habenda eſt ratio, quia teſtator de æſtimatione cogitaſſe non videtur. Quare ſi paratus ſit hęres legatario præſtare nummos, quos teſtator deſignauit, nullamque in ea re moram admiſerit, eum ſatisfacere puta teſtatoris voluntati, quippe, qui nummos eiuſdem æſtimationis præſtitiſſet, ſi eadem permanſiſſet æſtimatio.

Secundò, Marianus argumentatur ex conſuetudine, quæ eſt, vt pro pecunia debita in certa ſpecie, alia præſtari poſſit. Quò fit, vt hæres ſtatim à morte teſtatoris ſi non ſoluat, vel aureos relictos, vel eorum æſtimationem, in culpa eſſe videatur.

Reſpondeo. Dato, quòd vigeat hæc conſuetudo, quod tamen dubium eſt, vt in cap. præcedenti diximus, illa conſequentia non

eſt bona; ergo hæres poteſt à morte teſtatoris ſtatim ſoluere in alia moneta. Quod ſi non ſoluat, in culpa eſſe videtur. Nam nos loquimur de hærede, qui nullam in ſoluendo moram commiſit. Quod ſi legatum ſub die, vel ſub conditione relictum ſit, quis culpam adſcribet hæredi ſtatim non ſoluenti?

Reſtat poſtrema quæſtio de intrinſeca mutatione monetæ; in qua quidem communis eſt, & vera ſententia, in contractibus ita eſſe ſtatuendum, vt ſi bonitatis intrinſecæ mutatio contingat, nihilominus ea præſtanda ſit bonitas à contrahentibus quæ tempore contractus erat. *Ita reſpondit Socinus Senior conſil. 298. lib. 2. Socinus Iun. in conſil. 145. num. 95. lib. 1. & 142. num. 6. lib. 2. & 101. lib. 3. Natta in conſ. 302. & 454. Couuarr. de veter. numiſ. collat. cap. 7. §. vnico, num. 2. in prima concl. Purpuratus in conſil. 522. lib. 2. Dominus meus Cephalus in conſ. 31. num. 8. Artus Pinell. ad leg. 2. C. de reſcind. vendit. in prima parte Rubr. c. 3. num. 23. Cagnolus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. Albertus Brunus de augmento, concluſ. vlt. Cauoniſta communiter, in cap. Olim, & in cap. cùm Canonicis, de cenſibus.*

Probatur hæc ſententia. Primò ex cap. Cùm Canonicis, De cenſibus, cuius verba hæc ſunt: *Cùm Canonicis maioris Eccleſiæ quandam ſummam pecuniæ pro penſione Eccleſiæ tuæ debitam, aliquot annis perſolueris, & ijdem ſummam illam ex integro de meliori moneta exigant ſibi ſolui. Tibi damus noſtris literis in mandatis, vt Canonicos illos ſolutione prioris pecuniæ, vel ſi non ſit in vſu, æſtimatione penſionis antiquæ facias manere contentos.*] Hactenus Gregorius.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, quos infrà referam, Pontificem ibi loqui, quando moneta non ſolùm aucta eſt intrinſecus, ſed etiam extrinſecus, proportionabiliter, iuxta intrinſecum augmentum. Quod probatur primò, quia vetus moneta non erat abrogata, neque diminuta, ſed manebat in antiqua æſtimatione, & ſic erat bona & legitima, vt prius, alioqui non diceretur in textu, Debitorem potuiſſe ſoluere ex antiqua moneta. Pecunia verò non erat maioris æſtimationis, quod ex eo patet, quia textus dicit, ſoluendum eſſe iuxta æſtimationem antiquæ monetæ, ergo moneta noua erat aucta etiam extrinſecus.

Secundò, id probatur: quia plerumque ita accidit, vt ſi moneta aliqua melior & fortior cudatur, maior æſtimatio etiam indicatur.

Denique probatur: quia ſi noua moneta melior excuſa fuiſſet ſumptibus Reipubl. non aucto valore ipſius, tunc antiqua moneta vel fuiſſet reprobata, tanquam adulterina, vel cœpiſſet eſſe minoris æſtimationis, quorum neutrum accidit in ſpecie d. ca. Cùm Canonicis, immò contrarium accidit, quia vetus moneta, nec reprobata erat, nec æſtimatione diminuta. Ex quo ſequitur, tam extrinſecus, quàm intrinſecus auctam fuiſſe.

Reſpondeo, hæc non obſtare. Nam quod primo loco dicitur, monetam ibi non fuiſſe reprobatam, nullam habet firmitatem; quia Pontifex idem reſcribit in vtroque caſu, ſiue reprobata fuerit, ſiue non, vt patet ex illis verbis: [*Solutione prioris pecuniæ, vel ſi non ſit in vſu, æſtimatione facias eſſe contentos.*] Neque bona eſt conſequentia: Vetus moneta non fuit reprobata, & manſit in ſua veteri æſtimatione, Ergo moneta noua, tam extrinſecus, quàm intrinſecus, melior facta eſt & aucta. Nam fieri potuit, & niſi fallor, ita accidit, vt antiqua moneta reperiretur ac in vſu eſſet. Canonici autem, nouam exigerent monetam longè meliorem, hoc eſt, melioris auri, ſeu materiæ magis pretioſæ, quamuis eiuſdem eſſet pretij. Quod iniuſtum erat.

Quod verò dicit textus: [*Vel ſi non ſit in vſu, æſtimatione penſionis antiquæ facias manere contentos.*] non probat monetam nouam extrinſecus auctam fuiſſe, ſed cùm eſſet melior, non eſſe ſoluendam loco antiquæ. Conſequenter videndum, quanti antiqua valuerit, & eam æſtimationem præſtandam eſſe.

Confirmatur hæc ſententia: quia nimis durum & abſurdum eſſet, exiſtimare Canonicos illos meliorem monetam exegiſſe, quæ ſcilicet, pretioſioris eſſet materiæ, & ſimul etiam maioris æſtimationis. Id pro-

profecto nimis iniuſtum fuiſſet, ſic enim plus debito exegiſſent, vnde & ſummus Pontifex eos redarguiſſet, vt laudabili more ſuo facere ſolet.

Rurſus confirmatur hæc interpretatio: quia text. dicit. Canonicos exigere voluiſſe ſummam pecuniæ debitam, de meliori moneta. Si moneta, quoad æſtimationem aucta fuiſſet, non ſummam ſibi debitam, ſed maiorem exegiſſent.

Nec obſtat illa reſponſio. Verba illa referenda eſſe ad numerum nummorum, qui erat idem, non autem ad æſtimationem inde reſultantem, quæ maior erat, vt probant verba in fine textus, ibi: [*Aeſtimatione penſionis antiquæ, &c.*] Quia reſpondeo verba: [*Aeſtimatione penſionis antiquæ, &c.*] Id non probare quod aſſumitur. Nam ſi ego peto, & exigo ſummam, quam mihi debes in meliori moneta, non eſt ſenſus, vt mihi ſoluas. & numeres tot nummos, quot mihi debes, maioris tamen æſtimationis, quam debeas. Sed ſenſus eſt, vt mihi reſtituas ſummam debitam in moneta meliori, hoc eſt, ex materia magis pretioſa & pura.

Quod vero ſecundo dicebatur, plerumque id accidere, vt aucta bonitate intrinſeca, augeatur etiam extrinſeca, locum habere poteſt, quoties antiqua moneta iuſtam habuit æſtimationem & cōgruam eius bonitati, tunc enim ſi augeatur quo ad materiam & bonitatem neceſſario augeri debet etiam quo ad pretium & æſtimationem. Hoc vero an acciderit in ea ſpecie, de qua Summus Pontifex loquitur, nobis eſt ignotum. Quare fieri potuit, vt antiqua moneta maioris eſſet æſtimationis, quam eius materia exegiſſet, vt propterea eadem æſtimatione manente, bonitas materiæ aucta fuerit.

Cum vero tertio loco ſic argumentantur. Si expenſis Reipub. noua moneta melior excuſa fuiſſet, non aucto valore extrinſeco, tunc neceſſario, vel fuiſſet antiqua reprobata tanquam adulterina, vel cæpiſſet eſſe minoris æſtimationis, quorum neutrum eſt in d.c. cum Canonicis.

Reſpondeo, forſan reprobatam fuiſſe in illa ſpecie. At enim Pont. Max. [*vel ſi non ſit in vſu, &c.*] Item, fortaſſe minoris æſtimationis fuiſſe, quæ cauſa fuit, vt Canonici nouam monetam exigerent longe meliorem. Sed reſpondit ſummus Pontifex, ſi pecunia vetus ſit in vſu, eam eſſe præſtandam: [*Solutione, inquit, prioris pecuniæ eos facias eſſe contentos.*] Ex quo efficitur, mutatione intrinſeca contingente, eius monetæ, quæ tempore contractus erat in vſu, vel eius æſtimationis rationem habendam eſſe: nec meliorem monetam exigendam, ex meliori, ſcilicet, materia.

Quæ ſententia ſecundo loco probatur: quia intrinſeca bonitas monetæ conſiſtit in materia ipſa auri vel argenti, & in eius pondere ac ſpecie, *vt probat l. 1. ff. de contrahen. empt. ibi: Nam tam ex ſubſtantia, quam ex quantitate.* Quo fit, vt pecunia præſtanda ſit boni ponderis & materiæ, *l. 1. C. de veteris numiſmatis poteſtate, lib. 11. & l. 1. & 2. C. de ponderatoribus, li. 10.* Ergo ipſa bonitas intrinſeca, quæ erat tempore contractus, præſtari debet, quaſi actum inter partes ſit, vt præſtetur eadem illa bonitas, *argumento l. cum quid. ff. ſi certum petat.* Et quaſi in contractum ipſum deducta ſit, *argumento l. Rutilia Polla. ff. de contrahend. empt.*

Reſpondet Pariſienſis, vnus ex contrariæ ſententiæ authoribus, quos ſtatim adferam. Argumentum hoc probare, neceſſe eſſe, vt moneta non ſolum forma conuenienti, ſed etiam materiæ bonitate, publice definita & conſtituta prædita ſit, vt dicatur eſſe proba moneta: [*Quod, inquit, non eſt in controuerſia.*] Sed fallitur in hoc, nec tollit argumentum, cuius vis eſt in eo poſita, quod, cum bonitas materiæ pertineat ad intrinſecam bonitatem monetæ, illa principaliter in contractum deducta eſſe videatur, vt præterea mutatione contingente, eius ſolius, vtpote à contrahentibus conſideratæ, & in contractum deductæ ratio habenda ſit, quemadmodum docet communis hæc ſententia.

Quæ probatur tertio loco. Creditor de iure non cogitur in aliam formam, quam conuenit pecuniam recipere, vbi damnum paſſurus eſt, *l. Paulus. ff. de ſolutio.* Ergo ſimiliter non eſt cogendus, vt pecunias reci-

piat deterioris materiæ ſi damnum paſſurus ſit. Nulla enim eſt diuerſitatis ratio: Atqui veriſimiliter damnum paſſurus eſt, tum quia moneta deterioris materiæ plerumque æſtimatione minuitur, tum, quia non tam facile expendi poteſt. Si non eſt cogendus creditor, vt pecuniam recipiat deterioris materiæ, ergo neque debitor cogendus eſt ad ſoluendam pecuniam ex meliori materia conflatam, ne ſequatur inæqualitas inter contrahentes.

Reſpondet Pariſienſis, argumentum recte concludere, vbi factæ circumſtantiæ oſtendunt, aliquod iuſtum intereſſe Creditoris in præſenti: [*Quibus in caſibus*, inquit, *nō loquimur, ſed quando creditor tenax & auidus, cui debitum offertur, in pecunia cōmuniter approbata & expendibili, & in qua non imminet periculum, quin commode tanti locare poßit, ſi velit, cauſſatur diminutionē bonitatis intrinſeca, quæ ſenſim facto, vel conniuentia Principum, ſiue iuſte, ſiue iniuſte emerſit: Hoc demum non ſolum inhumanū, ſed iniquum nobis videtur, ſiue ex iuſtis cauſis ea diminutio emerſerit, (quo caſu nemo ſanæ mentis dubitat) ſiue ex iniuſtis, quia tunc ſaltem caſus eſt fortuitus reſpectu debitorum.*] Hactenus ille.

Sed raro ni fallor, talis mutatio continget, & diminutio ſine damno creditoris, ex cauſis ſupradictis, qui quidem creditor, ſemper iuſte allegabit eam bonitatem ſibi præſtandam eſſe, quæ in contractum deducta fuit, præſertim, cum debitor poſſit eam præſtare, ſupplendo id, quod deeſt antiquæ bonitati & materiæ.

Cæterum, ab hac ſententia receſſerunt Io. Faber, *in auth. Hoc niſi. C. de ſolutio.* Geminianus, *in conſ.* 137. Romanus, *conſ.* 123. *& in Singulari* 519. *incipiente: Quod tēpus.* Pariſienſis *de contract. q.* 100. *n.* 749. & quidam alij: *quos refert & ſequitur Menoch. in conſ.* 49. *num.* 38. Quorum argumētis iam reſpondendū eſt.

Primum eſt huiuſmodi ſubſtantia monetæ eſt valor impoſititius, non autem materia, quia non eſt corpus phyſicum, ſed artificiale, vnde non videtur in contractum deduci, niſi ſub ratione valoris impoſititij, & ſic attendenda non eſt bonitas materiæ, ſed tantum valor. Alioquin obligatio pecuniæ non eſſet certa, nec eiuſdem poteſtatis & æquipollentiæ cū alia moneta, quemadmodum leges dicunt, ſi dato valore & curſu, exigeretur etiam bonitas materiæ, quæ erat tempore diſpoſitionis.

Reſpondeo, negando ſubſtantiam pecuniæ conſiſtere in valore impoſititio, vt ipſi loquuntur, immo vero tam ex ſubſtantia, id eſt, ex materia conſiſtit, quam ex quantitate, *l.* 1. *ff. de contrahen. empt. & ſupra etiam diximus.*

Et dum dicitur. Si non deduceretur moneta in contractum, ſub ratione valoris impoſititij, eius obligatio non eſſet certa. Id nego. Quid enim impedit, quo minus certa ſit hæc ſtipulatio? Promittis mihi cētum aureos coronatos boni & iuſti ponderis? Apparet enim quid, quale, & quantum ſit deductum in ſtipulationem, *l. certum. ff. ſi certum pet.* Et tamen materia, ſeu bonitas intrinſeca in hanc ſtipulationem deducitur, vt patet.

Rurſus, ſi dicatur ex hoc ſequi, pecuniā nōn recipere æquipollentiam cum alia materia, reſpōdeo, immo recipit functionem in genere ſuo, & alia moneta præſtari poteſt, ſi aliud non obſtet, & non ſit ex deteriori materia confecta, ita vt damnum creditor paſſurus ſit.

Secundum argumentum. Appellatione auri & argenti venit aurum & argentum etiam factum, vt vaſa aurea vel argentea, *l. quæſitum. § illud, de leg.* 3. *l. cum aurum. ff. de auro & argento leg.* Non tamē veniunt nummi aurei, vel argentei, etiam ex pura materia, *vt in d. l. cum aurum, & in l. Quintus,* 2. § 1 *eod.* ergo ſpeciale eſt in pecunia ſignata, vt in ea non materia inſpiciatur, ſed forma & indicatura impoſita. Conſequenter, ſi offeratur ſolutio in pecunia proba & currenti, quæ tantum valet in valore impoſititio & currenti, quantum pecunia, quæ currebat tempore contractus, ſufficere debet, & tenetur creditor eam recipere, licet in materiæ bonitate diminuta ſit.

Reſpondeo, aureos nummos, vel argenteos, eam ob cauſam appellatione auri vel argenti nō contineri, quia non facile quiſquam argenti numero nummos computat, *vt inquit, Iuriſconſultus in l. quintus,* 2. § 1. *ff. de*

auro

auro & argento leg. Non autem eam ob cauſam, quod ratio materiæ in nummis non habeatur. Quod & præterea falſum eſſe, ſupra demonſtrauimus.

Tertium argumentum petitum eſt ex hiſtorijs Romanorum. Etenim memoriæ proditum eſt, ſumma vrgente neceſſitate, aliquando excuſos fuiſſe publico decreto nummos ex viliſſima materia, quos tamen creditores coacti ſunt recipere.

Reſpondeo, nos hic non quærere quid aliquando ex facto acciderit, & obſeruatū ſit, ſed quid fieri debeat, ſecundum Iuris & æquitatis normam.

Quartum argumentum eſt ex l. cum certum. ff. de auro & argen. vbi textus ita dicit. [*Cum certum auri, vel argenti pondus legatum eſt, ſi non ſpecies deſignata ſit, non materia, ſed pretium præſentis temporis præſtari debet.*]

Reſpondeo. Nil obſtare illum textum, quoniam illa verba, [*Pretium præſentis temporis præſtari debet,*] teſtamenti tempus ſignificant, & ſic tempus diſpoſitionis, quod & nos dicimus inſpiciendū eſſe, *ſicuti animaduertit Pinellus, ad l. 2. C. de reſcind. vend. in 1. part. Rubr. c. 3. nu. 23.* Præterea, non loquitur ille textus de certo aliquo pretio debito ſeu de certa quantitate relicta, ſed de æſtimatione rei legatæ, quæ augeri, & minui poteſt: Vnde non facit ad rem noſtram.

Quintum & poſtremum argumentum, Solutionis tempus obſeruari debet, non autem tempus contractus, quoties ex conſuetudine vna moneta ſolui poteſt pro alia *vt declarat Bart. in l. Cum certum. ff. de auro & argen. leg.* Sed talis conſuetudo vbique extare videtur: Ergo tempus ſolutionis inſpiciendum eſt.

Reſpondeo. Allegauti hanc conſuetudinem onus incumbere probandi, *vt dicebat Purpuratus, in conſ. 522. nu. 31. lib. 2.* Talis enim conſuetudo vere non extat, *teſte Pariſienſi, loco ſuperius annotato, num. 708.* Item Bartolum alibi melius locutum eſſe, quam in d. l. cum certum, *vt dicebat Natta, in d. conſ. 454. num. 6.* Item Bartolum loqui de mutatione monetæ circa æſtimationem, non autem circa materiam, *vt dicebat Beroius, in conſ. 143. nu. 26. & 27. lib. 1.* Deniq; nulla ratione vel lege eam conſequentiam probari, quæ ex conſuetudine allegata deducitur ad concluſionem noſtram.

Capvt XI.

Ius redimendi quod competit ex pacto, an in alium transferri poſſit.

Ivs redimendi rem venditam, quod ex pacto competit, transferri in alium poſſe, reſpondit Caſtr. *in conſ. 1. lib. 2.* ea ratione adductus, quod quæ ad hęredem tranſmitti poſſunt, alteri etiam cedi poſſe conſtat, *l. Ex pluribus. ff. de adminiſt. tut.* Pactum autem huiuſmodi, ſeu ius ex pacto competens ad hæredem tranſmittitur, *l. 2. C. de pactis inter empt. & venditor.*

Huc accedat, quod res ipſa ſi fuerit redempta, transferri abſque dubio in alium poteſt. Ergo & actio ad redimendum competens, cedi poterit.

Cæterum, Ruin. *in conſ. 72. libr. 1.* contrarium reſpondit, motus authoritate Angeli, *in l. ad officium. C. commu. diuidundo.* vbi ex ſententia Petri & Cyni: docet non licere conſanguineo, qui ius redimendi habet ex ſtatuto vel conſuetudine, illud alteri cedere.

Huc accedat quod emptor facultatem redimendi concedere videatur venditori, quoniam ita venditor pactus eſt, ob ſingularem forſan actionem in rem, quam vendidit, quia vel maiorum ſuorum fuerit, vel ab eo acquiſita.

Confirmatur hæc ſententia, ex l. ſi mulier. §. Ex aſſe. ff. de iure dotium. Dum ibi dicitur, fideicommiſſarium alteri ius ſuum cedere non poſſe, antequam ſibi fideicommiſſum reſtituatur.

Et ad Caſtrenſis argumentum reſpondetur. Argumentum recte ſumi ex tranſmiſſione ad ceſſionem, cum negatiue concipitur, hoc modo. Non poteſt hoc ad hæredem tranſmitti, ergo neque cedi, *ita enim loquitur l. ex pluribus. ff. de admin. tutor.*

Ad alterum vero argumentum, multum, referre inquit Ruinus, vtrum actionem quæ ad redimendum competit, quis cedat, an vero ipſam rem redemptam.

Num

Nam redimendi ius ad perſonam tantum venditoris reſtrictum eſſe videtur, res vero redempta libere in alium transferri poteſt.

Ego Caſtrenſis ſententiam, & veriorem, & communiorem eſſe iudico. *Nam ſecuti ſunt eandem ſententiam Andr. Siculus, in conſ. 6. n. 21. li. 4. Decius in conſ. 164. & 614. Caſſaneus in Conſuet. Burgund. Rubr. 5. §. 1. in quinto dubio, & in conſ. 11. n. 39. Crauet. in conſ. 191. nu. 2. Tiraq. alios referens, de retractu conſanguin. §. 26. gloſſ. 3. num. 1.*

Probatur vero hæc ſententia manifeſte. Nam actiones regulariter cedi poſſunt, & in alium transferri, *vt patet ex toto tit. de hereditate, vel actione vendita*, cur ergo & actio ad redimendum cedi non poterit?

Non obſtat argumentum illud Ruini, quod ius redimendi ex ſtatuto competens conſanguineis, cedi non poſſit, quoniam id ſummam habet rationem, quæ quidem ad ſpeciem hanc accommodari nõ poteſt. Ratio autem eſt, ne ceſſio fieret extraneo, & inde præiudicium alteri conſanguineo generaretur, *ſicuti diſerte explicat Romanus in conſ. 484. & ipſemet Ruin. in conſ. 47. col. penul. verſi. nec obſtat dum dicebatur, lib. 4.* Porro, quod dicebatur de affectione, nihil mouet, cum ipſe venditor cedēdo alteri ius ſuum, affectionem deponat, & vt res in alterum transferatur, conſentiat.

Ad l. ſi mulier. §. ex aſſe, reſpondeo illam deciſionem peculiari quadam ratione locum ſibi vendicare, quæ non pertinet ad rem noſtram. Eſt autem ratio in illis verbis textus: [*Mulieri* (ſcilicet Fideicommiſſariæ) *in hoc tenetur heres, vt hereditatem reſtituendo, transferat actiones, & quas habet, & quibus eſt obſtrictus, quas transferre ad alium, quam cui debet fideicommiſſum, non poteſt.*] Senſus eſt, Fideicommiſſario nõ eſſe permiſſa hanc ceſſionem, antequam ſibi fidei commiſſum reſtituatur, quia hæres ſcriptus & grauatus, ſequi debet teſtatoris voluntatem, & Senatuſconſulti Trebelliani authoritatem, *de quo in l. 1. ff. ad Trebellianum*, ac proinde fideicommiſſario hæreditatem reſtituere. Recte, ne ſcilicet Fideicommiſſarius, quia actionibus hæreditariis obſtrictus eſſe debet, alium ſubſtituendo per ceſſionem, ſe liberet ad obligatione creditoribus ignorantibus, *contra l. ſi mandato meo. §. 1. ff. Mandati.*

Et hanc eſſe puto cauſam, cur fideicommiſſario liceat ſingulas res cedere, *vt in l. Seruo inuito. §. vlt. ff. ad Trebellianum.* Talis enim rerum particularium ceſſio, fideicommiſſarium non liberat ab onere obligationum hæreditariarum, nec hæres ſcriptus facit contra voluntatem teſtatoris, cũ fideicommiſſum reſtituat cui debet, licet res ſingulas alteri tradat ex voluntate fideicommiſſarij.

Capvt XII.

Vtrum reuenditionis pactum, vſuræ præſumptionem inducat, ſi accedat pretij modicitas.

PLures ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ, vtrum pactum reuendendi ſimul cum pretij modicitate, vſuræ præſumptionem inducat. Sunt enim qui affirmant quamplurimi, quos ordine iuuat commemorare. *Inprimis Gloſſ. in c. Conqueſtus, de vſuris. Panormita. ibidem, & in c. ad noſtram, nu. 4. de empt. & vendit. in conſ. 76. libr. 1. Innocentius, Io. Andreæ, Ant. Butr. Ioan. de Anania, & Ioan. Imolenſ. in d. c. Ad noſtram. Archidiaconus in c. Plerique, 14. q. 3. Caſtrenſ. in conſ. 109. lib. 2. Ambroſ. de Vignate, in c. Salubriter, de Vſuris. Guido Papa conſ. 180. Alex. in conſ. 54. lib. 6. & 46. lib. 3. Afflict. in Deciſ. 40. 65. & 339. Feracius cautela 17. Pariſius in conſ. 54. n. 62. & 55. n. 19. lib. 1. Caſſadorus, deciſ. 1. tit. de vſuris. Bertrandus in conſ. 287. lib. 2. Iacobinus à ſancto Georgio, in l. ſi quis nec cauſam. §. 1. ff. ſi certum peta. Caſſaneus in conſuet. Burgund. Rubr. 5. n. 21. verſ. Aduerte. Capra, in Reg. 87. & 173. Grammaticus deciſ. 76. nu. 30. Crauetta in conſ. 156. n. 4. & n. 7. Natta in conſ. 198. n. 8. lib. 1. Michael Graſſus, com. opi. lib. 1. q. 8. tit. de empt. & vend. Viuius commun. opin. verbo, vendere, & in verbo, contractu. Emmanuel Soarez in Theſauro receptarum ſententiarum, in verbo, contractus. r.u ue. 20. Io. Baptiſta Lupus, ad l. 2. C. de pactis inter empto. & vend. in 2. parte, numer. 29. ver. Tu autem. Hierony. Gabriel. in conſi. 74. num. 3. lib. 1.*

Collegium

Collegium Mediolanenſe & Papienſe, apud Cepollam de ſimulatione contractuum, nu. 100. vbi & alios multos citat. Chriſtophorus in Caſtilione, in conſilio impreſſo poſt tractatum Maleficiorum Bonifacij Vitalini. Andreas Siculus, in conſil. 51. lib. 1. & 4. & in d. c. Ad noſtram, de empt. & vendit. Anton. Burgos, in d. c. Ad noſtram, Bald. Nouellus, Iacobus Puteus, & Lancellotus Decius, quorum reſponſa ſe habuiſſe teſtatur Cagnol. ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. num. 50. Philippus Decius in conſil. 692. Gratus in conſil. 141. num. 5. lib. 1. Franciſcus Becius in conſ. 52. nu. 7. Ludouicus Bologninus ad Annaniam, conſ. 58. Gratus in conſ. 11. numer. 14. lib. 2. Ceſar Vrſillus ad Afflictum, deciſ. 65. Mandoſius ad Romanum in conſil. 423. in fi. in verbo, Maximè. Cardinalis Alban. ad Bar. in l. empt. C. plus valere quod agitur. Benuenutus Stracha in Additionibus ad Crauettam, in conſil. 156. Cotta in Memor. in verbo pactum de retrouendendo. Riminal. ſen. in conſ. 318. col. fin. Riminal. iun. in conſ. 218. num. 122. lib. 2. vbi alios citat.

Fundamentum huius ſententiæ poſitum eſt in d. c. ad noſtram, de empt. & vendit. & in c. Illo vos, de pignorib. Nam in c. ad noſtram, S. Pontifex pronunciare videtur, contractum eſſe fœneratitium ex pacto reuendendi, & pretij modicitate, in illis verbis. [*Cùm reuerà contractus vſurarius ageretur quod pates ex eo, quod Creditor debitori promiſit, quod quandocunque à ſeptennio vſque ad nouennium daret ſexaginta vncias Tarenorum, quæ vix dimidiam iuſti pretij contingebant, domos reſtitueret, & oliuas.*]

Si dicatur, ibi duo alia interueniſſe, nempè, venditorem accipere voluiſſe mutuò pecuniam, item cogere nō potuiſſe emptorem ad reuendendum ante ſeptennium.

Reſpondet Anton. Burg. Pontificem ibi adductum non fuiſſe ad ita pronunciandum, ex illa mutui petitione, ſed tantùm ex pacto reuendendi cum pretij modicitate. Et licèt pactum illud reuenditionis à ſeptennio eſſet vſque ad nouennium, nil refert. Arguit enim maiorem auaritiam, & maius deſiderium lucrandi in emptore & creditore, quàm vbi ſimplex eſt pactum de reuendendo arbitrio venditoris, ſed tamen & illud ſimplex pactum lucrandi animum oſtendit.

Secunda eſt opinio eorum, qui negant ex his duobus contractum cenſendum eſſe vſurarium. *Ita Iacobus de Arena, & Cynus, in l. Emptione. C. plus valere quod agitur. Cardinalis Zabarella, in cap. illo vos, de pignor. Ancharanus in c. ad noſtram, de empt. & venditio. & in conſ. 277. Laurentius Rodulphus, in tracta. de vſuris, q. 60. Alexand. in conſ. 109. lib. 4. Socin. ſenior in conſil. 248. lib. 2. Socin. iun. in conſil. 50. lib. 1. Decius in conſ. 167. num. 4. & 648. Ruin. in conſ. 16. num. 11. lib. 4. Boerius deciſ. 102. & in conſ. 31. Coraſius lib. 3. Miſcellaneorum, cap. 9. Cagnolus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. numer. 51. Gozadinus ibidem, num. 30. Oſaſcus deciſ. Pedemont. 42. Roland. à Valle, in conſ. 58. num. 10. lib. 4. Dominus meus Cephalus, in conſil. 289. num. 37. Dominus meus Decianus, in conſ. 2. num. 176. & ſeq. lib. 1. Iacobus Menoch. de Arbitrarijs Iudicum, Caſu 217. Tiraq. de retractu conuent. in prælat. num. 5. Ex antiquioribus etiam Baldus, & Albericus, necnon Salicet. & Fulgoſ. in l. Emptione. C. plus valere quod agitur, & idem Baldus, in conſil. 113. lib. 1. 205. lib. 5. & 359. lib. 5. & 361. eod. lib. & idem Fulgoſius, in conſ. 134. Cumanus in conſil. 184. Iaſon in conſ. 150. 151. & 153. lib. 4. & in l. Quoties, C. de iudicijs.*

Fabianus de Monte, de empt. & vendit. 7. q. princ. verſ. ſextò quæro.

Hoſtienſis, in ſumma, de empt. & vend. §. Qualiter reſcindatur, verſ. vlt.

Calcaneus, in conſil. 85.

Purpuratus, ad l. Rogaſti. §. ſi tibi. ff. ſi cert. pet.

Iacobus Nouellus, in reg. iur. 133. verſ. pactum, de retrouendendo.

Henricus Boic, in d. c. ad noſtram.

Auguſtinus Berous, in conſil. 212. num. 6. lib. 3. 165. num. 24. lib. 1. 169. num. 18. eod.

Alexander de Neuo in conſil. 95. num. 21.

Neuizanus in conſil. 88.

Petrus de Ferrarijs, in forma libelli, in cauſa venditionis, in principio.

Ægidius Bellamera, deciſ. 7.

Conradus, de contract. q. 84. concluſ. 3. & 4.

Franciſcus Burſatus in conſil. 117. num. 12.

Argumenta huius ſententiæ hæc ſunt. Contractus talis eſt iudicandus, qualis ex forma ipſa apparet, *l. cum precibus. C. de probat. l. ſi tantum. ff. ad Macedonianum. Et tradunt Alex. in conſ. 3. lib. 1. & Crauetta, in conſ. 20. numer. 1.*

mer. 1. Sed ex facie, ſeu forma contractus, de quo agitur, non videtur eſſe fœneratitius. Ergo talis iudicandus non eſt.

Secundò. Contractus in dubio pręſumitur verus, non autem ſimulatus & fœneratitius, *d. l. cùm precibus. C. de probation. & tradit Decius, in l. rogaſti, §. ſi tibi, numer. 6. ff. ſi cert. petat.* Ergo & contractus, de quo agitur, præſumitur eſſe verus & iuſtus, non autem vſurarius.

Tertiò. Non eſt contractus illicitus reputandus, niſi id manifeſtè euincatur, *l. præuaricationis. §. vlt. ff. de præuaricator. c. vltim. 31. q. vlt. c. prætereà, 13. diſt. Sed nulla lege id euinci poteſt, Ergo, &c.*

Nec obſtant Canones, qui ad hoc allegantur, Nempè, c. ad noſtram, de empt. & vend, &c. Illo vos, de pignor. Quoniam id non probant, cùm in illis caſibus multa alia concurrerint, ex quibus contractus à Pontifice reprobatus fuit.

Si dicatur, Summum Pontificem in illis caſibus perpendiſſe tantum pretij modicitatem, & pactum reuendendi. Reſpondetur, aliter illud pactum conſtitutum fuiſſe, quam in quæſtione noſtra. Nempè, vt à ſeptennio vſque ad nouennium venditori redimere liceret, & ſic ante ſeptennium redimere non poterat, quod argumento eſt, emptorem ante illud tempus lucrari fructus voluiſſe.

Si replicetur id non obſtare, quia etiam vbi fit pactum huiuſmodi ſimpliciter, vt venditori liceat quandocunque redimere, apparet emptorem animum lucrandi aliquid habuiſſe vltra ſortem. Reſpondetur, non tam certum & magnum lucrum hoc in caſu emptorem facere potuiſſe, ſicut in ea ſpecie, quando ſcilicet ante ſeptennium redimere non licet.

Tertia eſt ſententia, tria requiri, vt contractus iudicetur fœneratitius. Pactum reuendendi, pretij modicitatem, & emptoris conſuetudinem fœnerandi.

Hanc ſententiam ſecuti ſunt ferè omnes, quos pro pręcedenti opinione commemoraui. Dum enim negant duo illa ſufficere, tertium requirunt, nempè fœnerandi conſuetudinem, quaſi ex tribus hiſce coniecturis, contractus præſumendus ſit fœneratitius. Atque ob id perpendunt tres coniecturas concurriſſe apud Pontificem in d. c. ad noſtram. Et nominatim in c. Illo vos, de pignoribus, conſideratam fuiſſe fœnerandi conſuetudinem.

Quarta eſt ſententia, nec tria iſthæc ſufficere, vt contractus reprobari debeat, tanquam illicitus, quia pactum reuendendi approbatur à lege, læſio item circa pretium non improbatur, *l. in cauſſa. §. penult. ff. de minorib. l. item ſi in pretio. §. quemadmodum. ff. locati.* Fœneratores autem etiam probos ac iure permiſſos contractus aliquando exercent; *Ita docent Cyn. & Iacob. de Arena, in l. emptione, C. plus valere quod agitur. & Angel. Aretin. in §. 1. num. 30. in Inſt. de except.*

Quinta eſt opinio diſtinguentium. Aut præceſſit mutui petitio, hoc eſt, Venditor ab emptore petijt mutuò pecuniam antequam venderet; aut non præceſſit. Primo caſu, ex pacto reuendendi, & pretio exiguo contractus illicitus reputatur. Secundo caſu non item. *Ita Odofredus, relatus à Baldo in l. emptione. C. plus valere quod agitur. Rom. ſing. 368. Quæro an pactum, & in conſil. 423. Vitalis Cambanus in tract. Clauſularum, pag. 274. numer. 10. & Bald. in conſ. 359. lib. 5.*

Fundamentum autem iſtorum eſt in d. cap. Ad noſtram, de empt. & vendit. Nam ibi præceſſerat mutui petitio.

Sexta & poſtrema eſt ſententia, totam hanc rem prudentiæ Iudicis eſſe committendam, qui omnibus conſideratis circumſtantijs, contractum eiuſmodi, tanquam licitum approbabit, vel vti fœneratitium repudiabit. *Ita Corneus, in conſ. 4. lib. 1. Alex. in conſ. 119. in fin. lib. 4. Didacus Couuar. variar. reſol. lib. 3. cap. 8. num. 4. Menoch. de præſumpt. lib. 3. cap. 122. num. 40.*

Ego in hac re ſic ſtatuo, ſi tria hæc concurrant, nempè pretij modicitas, pactum reuendendi, & conſuetudo fœnerandi, contractum cenſendum eſſe fœneratitium. Hoc mihi perſuadent Canones allegati pro confirmatione ſecundæ opinionis. Etenim, tres potiſſimùm coniecturæ à Summo Pontifice perpenſæ fuerunt, in d. c. Ad noſtram, & in d. c. Illo vos, nominatim perpendi-

penditur conſuetudo fœnerandi. Ratione quoque moueor, quia ſemel malus, ſemper præſumitur malus in eodem genere mali. Quare; ſi magna ſit læſio circa pretium rei venditæ, & pactum adſit reuendendi, nihil aliud ſuſpicari licet, quàm contractum initum fuiſſe in fraudem vſurarum, ita ſcilicet, vt partes animum habuiſſe præſumantur mutuum contrahendi vſque ad certum tempus, & fructus ex re vendita vſurarum loco percipiendi. Quòd ſi tria non concurrant, quæ dixi, vix animaduerto, quo potiſſimum argumento contractus huiuſmodi iudicetur fœneratitius. Neque enim Canones id dicunt, neque ratio id euincit, cùm venditori liceat quandocunque redimere, & ſic antequam emptor aliquos fructus ex re empta perceperit, ſoleatque ipſum per ſe pactum reuendendi iuſtam rei æſtimationem magnoperè extenuare. Quare Iudicis arbitrio libenter id committo, ita, vt ſi aliqua alia ſuſpicio accedat, tunc ad iudicandum vſurarium contractum procliuior exiſtat.

Capvt XIII.

Vtrum pacto redimendi præſcribatur ſpatio longiſſimi temporis, quoties ita conceptum eſt, vt ſemper, & quandocunque venditori liceat redimere.

Cvm ita conuentum eſt inter emptorem & venditorem, vt liceat venditori quandocunque redimere, vtrum obſtet redimere volenti, triginta annorum præſcriptio, grauis eſt inter Doctores controuerſia. Sunt enim, qui obſtare affirmant, quamplurimi, nempè circiter quinquaginta, *quos commemorant Anton. Gabrielius, Commun. concl. tit. de præſcript. concluſ. 6. Andr. Tiraq. de retractu conuent. §. 1. gloſſ. 2. num. 31. Didac. Couarr. var. reſol. lib. 1. cap. 9. Iacob. Menoch. in conſ. 143. num. 23. & 201. num. 85. Roland. à Valle, in conſil. 21. lib. 2. & Celſus Hugo, in conſil. 61. num. 4. & 5.*

Iſtorum argumenta hæc ſunt præcipua. Omnis actio regulariter extinguitur ſpatio longiſſimi temporis, *l. ſicut, l. omnes. C. de præſcript. longiſſimi temporis,* 30. *vel* 40. *annorum.* Igitur & actio quæ competit ad redimendum.

Si dicantur, in hoc caſu pactum repugnare, quia dictum eſt, vt ſemper, & quandocunque liceat redimere: Reſpondetur, id nihil obſtare, quia verba perpetuum tempus ſignificantia 30. annorum ſpatium non excedunt. *Id patet ex l. 1. ff. ſol. mat. iuncta l. in rebus. C. de iure dotium, ex l. Minor. §. Qui ſtatu liberum. ff. de euictionibus, ex l. prætor ait. §. Hoc interdictum. ff. de operis noui nunciatione. ex c. 1. de integrum reſtitutione, iuncto c. 1. eod. tit. lib. 6. & ex alijs locis pluribus à Menoch. commemoratis in locis annotatis.*

Secundò præſcriptioni 30. annorum renunciari non poteſt expreſsè ab ipſis contrahentibus, ſecundùm communiorem ſententiam Doctorum, *in l. Nemo poteſt, de legat. 1. & habetur apud Franciſc. Balb. de præſcript. in 5. parte 5. partis princip. quæſt. 6.* Ergo neque tacitè renunciari poteſt, aut renunciatum eſſe intelligitur illa conuentione, vt liceat ſemper, & quandocunque redimere.

Sed contraria ſententia, videtur mihi longè probabilior, *quam amplexi fuêre Fulgoſ. in conſil. 123. Andr. Sicul. in conſil. 51. lib. 1. & 22. lib. 4. Fabian. de Monte, de empt. & vendit. in 3. q. 7. q. principalis. Io. Crotus, in l. nemo poteſt, de legatis 1. Franciſc. Zoanetus, ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. num. 33. Capol. Cautela 75. & 78. Caſſaneus in conſil. 11. & in Conſuetudine Burgundiæ, tit. des rentes, vendites, §. 1. Socin. in conſ. 86. lib. 1. Alciat. ad l. petens. C. de pactis, & ad rub. de præſcript. Æmilianus, in conſil. 123. numer. 28. Angel. Aret. in conſil. 116. numer. 25. Oſaſcus deciſ. Pedemont. 115. Ioan. Baptiſt. Cephalus, inter conſilia domin. Io. Cephali, in conſil. 724. lib. 5. & Mynſinger. Centur. 1. Obſeruat. 16. vbi teſtatur ſæpe ita fuiſſe iudicatum in Camera Imperiali. Andr. Gaill, lib. 2. Obſeruat. 18.*

Probatur hæc ſententia. Is qui eſt in mala fide, nullo vnquam tempore præſcribere poteſt, c. vlt. de præſcript. Sed emptor qui reuendere promiſit, ſemper & quandocunque dicitur eſſe in mala fide, Ergo præſcribere non poteſt.

Aſſumptio facilè probatur, quia venditor ſuæ promiſſionis & obligationis eſt conſcius, is enim dicitur eſſe in mala fide, qui ſcientiam habet iuris alieni, & ſuæ obligationis, *c. ſi virgo, 34. q. 3. Bar. in l. Celſus,*

num.18. ff. de Vſucapion. Couarr. ad reg. poſſeſſor malæ fidei, §.11. poſt. numer.3. Dominus meus Cephalus, in conſil.316. num.17. lib.3.

Reſpondent contrariæ ſententiæ Authores, diſtinguendo maiorem propoſitionem, vt ſcilicet locum habeat, quando abſolutè actio competit, ſecus autem, ſi actio competat præcedente aliqua conditione, puta, in legatario, quia actio competit ad legatum, non ſimpliciter & abſolutè, ſed ſi legatum acceptauerit, quo fit, vt aduerſus eum 30. annor. præſcriptio currat, mala fide hæredis non obſtante, *ex traditis per Ancharanum, in c. ſine poſſeſſione, de reg. iur. lib. 6.* Vnde ſic & in propoſita ſpecie reſpondendum eſſe videtur, quia non abſolutè competit actio venditori ad redimendum; ſed ita demùm, ſi pro redemptione inſtiterit, & pretium etiam obtulerit.

Cæterùm, hæc reſponſio parum obſtat, *vt dicebat Couarr. lib.1. var. reſol. c.9. ante num. 6.* Primum, quia in hac ſpecie quæſtionis noſtræ ſtatim ab initio contractus, actio oritur ad rem ipſam redimendam. At in quæſtione ab Ancharano propoſita, actio legatario non competit ante legati acceptationem. Præterea, cùm legatarius, legatum non petit, probabiliter exiſtimare poteſt hæres, eum ideirco non petere, quòd acceptare nolit. Secus eſt in venditore, quia ſi non redimat, non ſtatim credere debet emptor eum redemptionis gratiam facere velle, ſed fortaſſe non redimere, quia non habet ad redimendum paratam pecuniam. *Ita dicebat Couarr. & eum Ruin. in conſil. 111. num.8, lib.11. & poſt vtrumque Ioan. Baptiſt. Cephal. inter conſilia D. Ioan. Cephali, loco ſuprà commemorato.*

Reſpondent ſecundo loco Authores contrariæ opinionis, malam fidem non obſtare: quia venditor renunciare videtur poteſtati, ac iuri redimendi quod habet dum illud non exercet, & præterlabitur, longiſſimum tempus quo tollitur & extinguitur omnis actio.

Sed nihil obſtat hæc reſponſio: quia non ſequitur, Venditor permittit labi tantum tempus, nec redimit rem venditam. Ergo renunciare cenſetur iuri redimendi. Ratio eſt: quia non ignorat emptorem, cùm ſit in mala fide, præſcribere non poſſe, & ſic malam fidem emptoris efficere, vt omni tempore, actionem & ius ſuum exercere poſſit. Etſi enim ſpatio tanti temporis, omnis extinguatur actio, id tamen locum ſibi non vendicat, vbi adeſt mala fides, quoniam illa impedit præſcriptionem.

Reſpondent tertio loco. Malam fidem impedire præſcriptionem, quo ad hoc vt dominium non acquiritur, ſed dominij confirmationem nihilominus acquiri poſſe, *ex Baldo in conſil.303. lib.1.*

Sed repugnat huic reſponſioni, *text. in c. vltim. de præſcript.* vbi dicitur, nullam præſcriptionem valere abſque bona fide.

Nec difficile eſt argumenta reſpondere; nam quod attinet ad primum, reſpondeo. Verum eſſe regulariter, quod aſſeritur in argumento, ſpatio longiſſimi temporis omnem actionem extingui. Sed ab hac regula caſus ille eſt excipiendus, cùm videlicet is, qui conueniri poteſt, eſt in mala fide, vt in ſpecie noſtra; is enim qui eſt in mala fide, nullo tempore præſcribit, *c. vlt. de præſcript. c. Poſſeſſor malæ fidei, de regul. iur. lib.6.*

Quod verò dicitur. Verba tempus perpetuum ſignificantia reſtringenda eſſe ad ſpatium annorum 30. locum habere poteſt in diſpoſitione legis, non autem in diſpoſitione hominis, vt loquuntur noſtri. Etenim, cùm vna lex dicat, actionem eſſe perpetuam, vel ius in perpetuum competere; altera verò lex dicat, omnem actionem tolli ſpatio 30. annorum, ne ſequatur repugnantia, & legum contrarietas, neceſſe eſt interpretari hoc modo tempus perpetuum, vt non excedat 30. annos. Hæc ratio ceſſat in diſpoſitione hominis. *Vide Bart. in l. 1. numer.2. ff. quibus modis vſusfructus amittatur. Alexand. & Imolam, in l. qui bona. §. vltim. ff. de damno infecto. Tiraquell. de retractu conuent. §.1. gloſſ.2. num.19. Ioan. Baptiſt. Cephalum, loco ſuperius annotato.*

Ad alterum argumentum reſpondeo. Dato quòd illa ſententia vera ſit, de qua iam non diſputo, hic non agi, an renunciari præſcriptioni poſſit, ſed an præſcriptio cum mala fide valeat. Et hoc eſt quod rectè dice-

dicebat Balbus *de præſcript. in 5. part. princ. q. 6 num. 3.* in actione perſonali ſuperfluam eſſe diſputationem, vtrum præſcriptioni renũciari poſſit, quia propter malam fidem debitoris, illa non currit.

Capvt XIV.

Fructus rei venditæ cum pacto redimendi ad quem pertineat, ad venditorem redimentem, an vero ad emptorem reuendentem.

CVm ex pacto tempus redimendi fundum inſtat, frequenter contingit, vt fructus ſint pendentes & maturi. Quare controuerſia oritur, ad quem ſpectare debeant? & communis, æqua, & vt mihi videtur, veriſſima ſententia eſt, diuidendos eſſe pro rata parte ipſius anni, hoc modo: Fundum tibi vendidi Kalend. Nouembris cum pacto reuendendi. Eundem redimere volo in menſe Iulij, fructus pendentes inter nos diuidendi ſunt hoc modo, vt ego tertiam partem conſequar, tu vero reſiduum. *Ita reſpondet Cuman. ad l. Qui Romæ. ff. de verb. oblig. Quem ſecuti ſunt ibi Iaſon & Socinus ſenior, & alij quos refert Andr. Tiraquell. de retractu conuent. §. 5. Gloſſ. 4. nu. 5. & nouiſſime Anto. Teſſaur. Pedem. deciſ. 56.*

Probatur hæc ſententia ex ſimili ſpecie, de qua habetur in l. Diuortio, & l. Fructus, & l. De diuiſ. ff. de ſolut. matrim. Quibus in locis ita cõſtitutum eſt, de fructibus fundi dotalis, inter vxorem ſuperſtitem, & hæredes viri diuidendis, vt nimirum pro ea parte anni, quo onera matrimonij vir ſuſtinuit, fructus quoque ad hæredes pertineant, pro reſiduo tempore ad vxorem.

Probatur ſecundo ex quadam ſumma æquitatis ratione, vt inter contrahentes æqualitas ſeruetur, quod iuſtitiæ commutatiuæ proprium eſt. Eſt autem huiuſmodi. Æquitas rationi conſentaneum eſt, vt commodi & incommodi ſumma ſit proportio inter contrahentes, neq; vnus commodum duntaxat habere debet, alter vero incõmodum. Quare, cum venditor in propoſita ſpecie per duas anni partes pretium fundi retinuerit, eoq; vti ac frui potuerit, æquum non eſt, vt etiam fructus eius temporis conſequatur. Immo contra, æquum eſt, vt emptor, qui rei curam habuit, & ſimul etiam pretio caruit, eius ſaltem temporis commodum ex fructibus recipiat. Pro ea vero parte anni, quo pretium conſecutus eſt, fructus habere non debet, ſed venditori, qui redimit, potius cedere debent.

Atque hæc eſt illa diuiſio pro rata temporis anni ex æquitatis ratione deducta, quæ ſeruanda eſſe videtur, licet aperto iure non caueatur, vt verbis vtar iuriſconſulti, *in l. in ſumma. §. Quanquam. ff. de aqua plu. arcenda.* Illa enim interpretatio maxime valere debet, ex qua contrahentium æqualis fit conditio, *l. ſi id quod. §. vlt. ff. de reſcin. vend. l. penult. in fin. C. commun. diuid.*

Verum Alexand. *in l. qui Romæ. ff. de verb. oblig.* exiſtimauit hoc in caſu, fructus in totum pertinere ad redimentem. Primo ex l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. in illis verbis: [*Habita ratione eorum, quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem, ad heredem emptoris peruenerunt.*]

Secundo, ex l. Herennius, ff. de vſuris, vbi dicitur, fideicommiſſario reſtituendum eſſe fundum vna cum fructibus pendentibus.

Tertio, quia venditor pretium offerens, vt fundum redimat, dicitur implere ac perficere pro ſua parte contractum, *ex doctrina Bart. in l. ſi fideiuſſor. § Meminiſſe, de leg. 1. & in l. Vxorem. § agri plagam, de leg. 3.* Ergo fructus ad eum ſpectant, quia perfecta venditione, fructus ſunt ementis, *l. Iulian. § ſi fructib. ff. de act. empt.*

Ad l. Diuortio, & alias ſimiles reſpondet Alexand. eas longe diuerſam rationem habere. Cum enim dos detur pro oneribus matrimonij, *l. pro onerib. C. de iure dot.* merito fructus diuidendi ſunt in vxorem, & hæredes vt habita ratione temporis, quo matrimonium durauit, & eius onera vir ſuſtinuit. Hæc ratio non pertinet ad ſpeciem noſtram.

Reſpondeo ad primum argumentum,

quod attinet ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. illam non obſtare, nihil enim aliud dicit, niſi habendam eſſe rationē fructuum quia ad hæredem emptoris peruenerunt, poſteaquā venditor pretium obtulit, paratuſque fuit ſatisfacere, ſed hæres emptoris non paruit. De hac ſpecie nos non loquimur, ſed cum emptor contractui paret, & fundum reuendere paratus eſt, allegat autem fructus eſſe pendentes, ac iam forte maturos, propterea que inter ipſum & emptorem diuidendos, quam diuiſionem fieri oportere non negat Imperator *in d. l. 2.*

Ad ſecundum argumentum ex l. Herennius, reſpondeo. Fructus pendentes ad fideicommiſſarium pertinere, quia fructus pendentes dicuntur eſſe pars fundi, dominium autem fundi pertinet ad ipſum fideicommiſſarium. Nec illa ratio æqualitatis ſeruandæ inter ipſum & hæredem locum habet, quæ inter contrahentes, nullum enim negotium inter eos interceſſit, vt inter contrahentes.

Ad tertium reſpondeo. Argumentum locum habere iure ſtricte conſiderato, ſed ratio æquitatis, æqualitatis præponderare debet ſummo iuri, vt dictum eſt.

Quod vero attinet ad l. Diuortio, & alias leges concordantes, argumentum ex illis petitum, etſi plane ſolidum non ſit, probabile tamen eſt, cum in propoſito caſu ratio habenda ſit commodi & incommodi, ita ſcilicet, vt pro qua parte anni emptor incommodum ſuſtinuit, curæ & cuſtodiæ agri, caruitq; pecunia, commodum fructuum percipiat, & de venditore idem iudicium.

Capvt XV.

Vtrum ex pacto reuendendi, dominium rei venditæ ad venditorem reuertatur, vt propterea rem à quolibet tertio detentore vindicare poſſit.

Qvæſtio ſane difficilis eſt, & cōtrouerſa, an ex pacto reuēdendi dominium ad venditorem reuertatur, ita, vt rem vindicare poſſit à tertio poſſeſſore.

Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Prima affirmat reuerti dominium ad venditorē, ita *Caſtr. ad l. ſi cum venderet, ff. de pigno. act. Ioā. de Anania in c. conqueſtus, de vſur. Decius, in conſ. 614. nu. 4. Ant. Burg. in c. ad noſtram, de empt. & vend. Soc. iun. in conſ. 129. nu. 2. lib. 2. Ioan. Crot. in conſ. 200. lib. 2. Tiraq. de retractu conuent. § 1. Gl. 7. nu. 7. Couar. lib. 3. var. reſol. c. 8. nu. 3. Menoch. in conſ. 63. num. 14.*

Argumenta ſunt iſta. Primum eſt ex l. Si cum venderet, ff. de pignot. actio. in illis verbis: [*Sed & ipſe venditor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduerſus emptorem agere.*]

Secundum eſt ex l. Voluntate, §. vltim. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluitur, in illis verbis: [*Creditor quoque ſi pignus diſtraxit, & à venditione receſſum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem reuertitur.*]

Tertium eſt huiuſmodi. Ex pacto legis commiſſoriæ, & addictionis in diem, dominium ad venditorem reuertitur, & rei vindicatio competit, *l. Commiſſoria, C. de pact. inter empt. & vend.* Idque ita conſtitutum eſt, ob frequentiam huiuſmodi pactorum, *Authore Bart. & Ang. in l. 1. ff. de donat.* Ergo idem ſtatuendum eſſe videtur in pacto reuendēdi: quod non minus frequens eſt, quam pacta ſupradicta.

Quartum argumentum eſt ex doctrina Bartoli *in l. in dum, ff. de aqua pluuia. arcend.* vbi docet, Pactum reuendendi hoc efficere, vt ius pignoris, & obligationis alteri factæ reſoluatur. Ergo etiam in quæſtione noſtra videtur dicendum, ius emptoris reſolui, & ſic dominium ad venditorem redire.

Quintum argumentum ſumi poteſt ex Tiraquello, *de retract. conuent. §. 3. G. rnica, n. 9.* vbi docet, ex pacto reuendendi ſpecialē hypothecam oriri in rem ipſam venditam, conſequenter poteſt venditor eam à quolibet poſſeſſore vindicare.

Altera ſententia, negat dominium ad venditorem reuerti, & rem vendicari poſſe. *Ita Bart. ad l. 1. num. 10. ff. de donatio. ad l. Si prædium, C. de adilitio edicto. & ad l. Si hominem, ff. de vſucapion. Bald. in conſil. 482. libr. 1. Alexan. in conſ. 10. li. 1. Aret. in l. Qui abſenti. §. 1. de acqu. poſſ. ff.*

poſſeſſ. Curtius ſen. in conſil. 12. Decius ad leg. Traditionibus, C. de pact. Alios commemorat Tiraq. de retract. conuent. §. 1. Gloſ. 7. n. 16. Alios citat Couar. lib. 3. var. reſol. c. 8. nu. 2. Alios denique Andr. Gaill. Obſeru. lib. 2. c. 16. Quibus adde Alciatum in d. l. Traditionib. Franciſcum Marcium deciſ. Delphin. 601. in prima parte. Ruinum in conſ. 32. n. 15 & 16. lib. 1. & Ancharanum, quaſtionum familia. par. 1. q. 13.

Argumenta vero ſunt iſta. Primum eſt ex l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. vbi dicitur, ex huiuſmodi pacto oriri actionem præſcriptis verbis, & ex empto, de rei vendicatione nullum verbum.

Secundum argumentum eſt ex l. pen. C. de ædilitio edicto, vbi ſimiliter habetur, reſoluta venditione, actionem perſonalem, nempe redhibitoriam competere.

Tertium argumentum. Ex pacto reuendendi actio datur, vt res reuendatur: Ergo dominium non reuertitur ad venditorem. Probatur conſequentia: quia ſi reuerteretur, reuenditio non valeret, nam rei ſuæ emptio non valet, *l. Suæ rei, ff. de contrahenda emptio.*

Quartum argumentum ex l. Traditionibus, C. de pactis, vbi dicitur: Traditionibus & vſucapionibus, non autem nudis pactis rerum dominia transferri.

Quintum argumentum eodem tendit, quod ex conuentionibus & pactis perſonalis actio oriatur, non autem in rem, *vt in §. Omnium, in Inſt. de actionib.*

Sextum. Specialiter conſtitutum eſt in pacto legis Commiſſoriæ, & addictionis in diem, vt dominium reuertatur ad venditorem. Ergo in alijs pactis ſecus eſt dicendum.

Tertia eſt ſententia diſtinguentium. Aut pactum huiuſmodi verbis directis celebratur. Aut verbis obliquis. Primo caſu dominium ad venditorem reuertitur. Secundo caſu ſecus. *Ita Paul. de Caſtr. in l. Si a te, C. de pact. inter empt. & vendit. Berous in conſ. 164. nu. 23. lib. 1. Grammaticus in conſ. 282. nu. 3. Hieronymus Gabrielius in conſ. 66. nu. 4. & 5. Roland. à Valle in conſ. 62. n. 33. lib. 2.* Verba directa appello cum Doctoribus, quibus venditio reſoluitur, & pro infecta habetur. Obliqua vero, cum ſimpliciter emptor reuendere ſeu reſtituere promittit.

Atq; hæc poſtrema ſententia videtur mihi veriſſima, ideoque breuiter confirmanda, & comprobanda.

Probatur igitur ipſius ſententiæ pars prior ex l. Si cum venderet, ff. de pignorat. actio. vbi hoc aperte deciditur & loquitur text. de pacto verbis directis concepto. Nam illa verba: [*Vt ſi debitor ſolueret pecuniam pretij emptori, liceret ei recipere rem ſuam,*] ſunt directa, *l. Titia cum teſtamento, §. vlt. De legatis 2. & tradit Socin. in conſil. 80. lib. 3. Gabrielius d. conſ. 66. num. 5.*

Secundo probatur. Quia ratio, propter quam in pacto legis commiſſoriæ, & addictionis in diem, dominium reuertitur ad venditorem, illa vero eſt, quoniam hæc pacta interponuntur re integra, atque in ipſo venditionis contractu, antequam res tradita ſit emptori, *ſicuti declarat Gloſ. in l. ab emptione, in verb. cogatur, ff. de pact. nec non Bald. Ang. Caſtr. & Iaſon ibid. cum alijs à Tiraq. citatis, de retractu conuent. §. 1. Gloſ. 7. n. 4. & 5.* Hæc ratio locum habet in pacto, de quo agitur, ſi directis verbis fiat. Nam interponitur in ipſo contractu, re integra, ac per illud venditio reſoluitur, venditore quandocunque pretium offerente.

Altera vero pars concluſionis, & ſententiæ ſupradictæ, optime probatur ex argumentis, quæ pro poſteriore ſententia allata ſunt ſuperius.

Ad primum argumétum eius ſententiæ, quæ ſimpliciter affirmat dominium ad venditorem redire, reſpondeo, illud locum ſibi vendicare in pacto reuendendi, directis verbis concepto. Nam in l. Si cum venderet, ff. de pign. act. verba pacti ſunt directa, vt dictum eſt ſuperius.

Eademq; reſponſio valet ad ſecundum argumentum, ex l. voluntate, §. vlt. quia & in ſpecie illa venditio fuit reſoluta, vt patet ex illis verbis: [*Sed in priſtinam cauſam res redit, reſoluta venditione.*] quod argumento eſt, verba fuiſſe directa.

Ad tertium argumentum reſpondeo. Illud valere, quoties verba pacti de reuendendo ſunt directa, quemadmodum ſunt

verba

verba pacti legis Commiſſoriæ, & addictionis in diem.

Ad quartum argumentum ex doctrina Barto. *in l. in diem. ff. de aqua pluuia. arcen.* bene reſpondet Gabr. d. conſ. 66. nu. 6. [*Concedo,* inquit, *extingui ius cõſtitutum in rem, quam quis promiſit retrouendere, ac reſtituere, poſteaquam retrouenditio facta eſt, ſed dico dominium ſimplici pacto, non retro transferri.*]

Ad quintum. Negatur ex huiuſmodi pacto ſpecialem oriri hypothecam in rem venditam. Id non probat Tiraq. ex legibus allegatis, quia hoc non dicunt, nec quiſquam alius.

Ad primum autem argumentum eius ſententiæ, quæ ſimpliciter negat, dominium ad emptorem redire. Reſpondeo, illud loqui de pacto verbis obliquis concepto, cum ſcilicet, emptor promiſit fundum reſtituere. Ita enim loquitur l. 1. C. de pact. inter empt. & vendit. vnde argumentum eſt deſumptum, quod & nos admittimus.

Ad ſecundum ex l. pen. C. de ædilitio edict. reſpondeo. Agitur ibi de actione redhibitoria, quæ datur emptori reſoluta emptione, ad hoc, vt venditor rem venditam accipiat, & pretium emptori reſtituat. Quamobrem eo in caſu locum habere non poteſt rei vendicatio, quia non pertinet ad illam ſpeciem.

Ad tertium reſpondeo. Illud verum eſſe in pacto verbis obliquis inito, quando ſcilicet reſtitutio, & reuenditio fieri debet. Neque enim rei ſuæ emptio conſiſtit. At vbi verbis directis fit pactum, reſoluitur venditio vigore pacti, reſque in priſtinam cauſam reuertitur, reſoluta vendicatione, quaſi venditio facta non fuerit. Et ſic ceſſat argumentum.

Ad quartum & quintum argumentum reſpondeo, etiam ex pactis, & conuentionibus, quandoq; dominium transferri, ſeu potius reuerti ad eum, qui contrahendo illud tranſtulit in alium. Id patet in pacto legis Commiſſoriæ & addictionis in diem, eademque ratione idem eſt ſtatuendum in pacto, de quo agitur.

Ad vltimum reſpondeo, negando, illud eſſe ſpecialiter conſtitutum in pacto legis commiſſoriæ, & addictionis in diem, ita vt in alijs ſimilibus pactis locum non habeat. Nulla enim lege id probatur, aut ratione euincitur, vt merito id negauerint multi à Tiraquello citati, *de retractu conuent. § 1. Gloſ. 7. num. 14. & 15. & alij multi quos refert & ſequitur Rolan. à Valle in conſ. 62. num. 19. lib. 2.*

Caput XVI.

Nunquid l. 2. C. de reſcind. vendit. locum habeat in emptore, vltra dimidiam iuſti pretij læſo, & quomodo conſideranda ſit læſio ex parte eius.

Communis, & vera eſt ſententia, l. 2. C. de reſcind. vẽdi. locum habere etiam in emptore læſo vltra dimidiam iuſti pretij, *ſicut inter alios atteſtatur Arius Pinell. in Comment. eiuſdem legis, in 1. p. c. 2.* tum propter maximam affinitatem, quæ eſt inter emptorem & venditorem, ob quam verbo venditionis, emptionem quoque contineri, veteres dixerunt, vt in l. veteres, ff. de actio. empt. Qua de re Alciatus *lib. 5. Parerg. cap. 15.* tum quia eadem ratio æquitatis id ſuadere videtur. Cæterum, vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius *lib. 16. Obſeruat. cap. 18.* contrarium docet: [*Aequum erat,* inquit, *ſubuenire venditori, qui minoris vendidit, quem plerunque neceſſitas rei familiaris compellit, vendere pretio minore, non etiam emptori vltro accedenti ad emptionem prædij, ſæpe fraudandi cauſa, & plerumque ementi pretio immenſo, & immodico, affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, vel quod illic educatus ſit, vel parentes ſepulti, vel quod maiorum eius fuerit, qua cupiditate incenſus, vltro proijcit ſæpe ingentia & immenſa pretia, quod calorem vocat, l. locatio. ff. de publicanis, alij inſaniam, alij ſtultitiam.*] Hæc Cuiacius. Qui tametſi ſpecioſa loqui videatur, parum tamen euincit. Nam quis ignorat ſæpe accidere, vt quis emat vtilia ſibi, vel neceſſaria, bona fide, non animo iniuſte lucrandi, neque fraud[illegible]? Rurſus, ſæpe venduntur res, vt aliæ emantur vtiliores, nullaque neceſſitate vrgente: Quare ſicut humanum eſt ſubuenire venditori,

ditori, ita quoque emptori ſubueniendum eſt. Et cur liceat maioris rem vendere alteri ementi propter affectionem, cùm illa minimè qualitas eſſe dicatur apta ad augendam rei æſtimationem, *ſicuti præclarè docet Ripa in l. filiusfamilias. §. Diui, num. 3. de legat. 1. Couarr. lib. 2. var. reſolut. cap. 3. & Menoch. de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 83. num. 6. Adde quæ pro hac ſententia adducit Duaren. ad l. ſi quis cum aliter, de verb. oblig. & confert text. in l. 1. §. ſed ſi emerit. ff. ſi quid in fraudem patron. & l. ſi quis alium, in fine, ff. de ſolut.*

Nec mouent quæ adfert idem Cuiacius *lib. 23. cap. 32.* ex Seneca & Plinio: Neque enim ij loquuntur, vbi læſio eſt vltrà dimidiam iuſti pretij, neque legum vim & authoritatem habent eorum authorum ſcripta. Et aduerſus Cuiacium eleganter diſputat Robertus Aurelian. *lib. 2. Animaduerſionum, c. 13. & rurſus in notis ad Mercatoris notas, ſimiliter lib. 2. cap. 13.*

Illud longè probabilius videtur, quod Cuiacius ibi docet, in dijudicanda læſione emptoris vltra dimidiam, ineundam eſſe rationem hoc modo, vt ſi res empta ſit digna quinque, ipſe ſoluat vndecim, & ſic plus duplo, quàm ſit iuſtum rei pretium, quæ fuit antiquorum interpretum ſententia, Petri, Cyni, Roffredi, Speculatoris, & aliorum *quos refert & ſequitur Pinellus in Comment. eiuſdem legis, p. 1. ſ. 2. num. 6.* Etenim hæc ſententia videtur mihi veriſſima, licèt communior ſententia aliter doceat, *vt videre eſt ex Cagnolo, in d. l. 2. numer. 135. & ex Couuar. lib. 2. variar. reſolut. cap. 4. num. 8.*

Probatur hæc ſententia; quia læſio vltra dimidiam ex parte venditoris eſſe dicitur, cùm nec dimidiam veri pretij accepit, *vt in d. l. 2.* Ergo & ex parte emptoris erit, vbi rem emit, cuius æſtimatio dimidiam partem pretij numerati non attingit.

Non obſtat, ſi dicatur, ex hac interpretatione inæqualitatem oriri inter emptorem & venditorem, quia vendens rem, quę digna eſt decem aureis, & accipiens quatuor, vltrà dimidiam eſt læſus, nec ſentit damnum, niſi ſex aureorum. Emptor autem rei, quæ decem aureis digna eſt, & ſoluens viginti & vnum, dicetur vltrà dimidiam læſus, & damnum ſentiet vndecim aureorum. Non inquam iſtud obſtat, quia inæqualitas ex eo oritur, quod venditor pluris vendens, plus dat emptori, quàm emptor minoris emens venditori. Venditor enim dat rem, valentem decem, vnde neceſſe eſt maiorem quantitatem ſuperaddi, vt læſio ſit vltrà dimidiam, quàm detrahi venditori decepto: & tamen eſt eadem proportio, quia quanto emptor minus dat, minus requiritur à venditore, vt læſio vltra dimidiam contingat: & quantò emptor plus dat, tantò plus à venditore dari oportet, vt dicatur læſus ſeu deceptus vltrà dimidiam.

Denique venditor vltra dimidiam læſus dicitur, quia dimidiam partem non accepit ab emptore æſtimationis rei, quam emptori ipſe dedit. Igitur & emptor dicetur eſſe læſus vltra dimidiam, ſi dimidiam partem non acceperit à venditore eius, quod ipſe dedit: quod tunc accidit, cùm res vendita non eſt digna dimida parte eius pretij, quod ipſe numerauit. *Vide etiam hac de re Mynſing. cent. 4. obſ. 73. & Fornerium lib. 2. Selectar. cap. 19.*

CAPVT XVII.

Vtrum iuramentum præſtitum in contractu excludat à beneficio l. 2. C. de reſcind. vend.

CELEBRIS eſt controuerſia, vtrum maioris 25. annis iuramentum contractui adhibitum auferat beneficium l. 2. C. de reſcind. vend.

Prima eſt opinio affirmantium, auferre, *ita Gl. Bar. Bald. Sal. Alber. Caſtr. in comment. eiuſdem legis. Pinellus alios commemorans in 3. part. in princ. ſol. Crotus in conſ. 243. lib. 2. Oſaſcus deciſ. Pedem. 40. num. 8. Rol. à Valle conſil. 59. num. 18. lib. 1. Menoch. in conſ. 1. num. 360. Straccha ad Crauet. in conſ. 7.* Argumenta ſunt iſta. Iuramenti hæc eſt vis, & efficacia, vt contractum confirmet, & tale robur illi adijciat, vt reſcindi non poſſit. *Id patet ex Authent. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus venditionem.* Ergo & in ſpecie propoſita idem operabitur.

Secundò. Is qui iurat ſuper aliquo facto, iurare videtur ſuper omni iure deſcendente ex illo facto, *l. Si duo Patroni, §. idem Iulianus, & l. duob. §. ſi quis iurauerit. ff. de iureiurand.* Igitur is, qui iurat ſeruare contractum, & non contrauenire, iurare videtur, ſe aduerſus contractum non venturum, ex quocunque iure, & ex quacunque cauſa, quæ ex eodem contractu, & facto prouenire poſſunt. Conſequenter iurare videtur, ſe contractum ſeruaturum, etiam ſi vltra dimidiam læſus fuerit. Ergo contractum reſcindere nulla ratione poteſt.

Tertiò. Iuramentum facit, vt actus valeat omni meliori modo quo valere poteſt, *l. cùm Pater. §. filius Matrem, de leg. 2.* & dicitur habere vim ſpecialis conſenſus, *ſicuti explicant Iaſ. in l. Si conuenerit, ff. de iuriſd. omnium iudicum, Andr. Gaill, lib. 2. obſ. 41. num. 5.* Et igitur perinde, ac ſi iurans promittat, ſpecialiter ſe obſeruaturum conuenta, licèt ex eo lædetetur. Quo caſu ceſſat beneficium dictę leg. 2. *Sicuti plenè explicat Couuar. variar. reſolut. lib. 2. c. 4.*

Quartò. Contractus ob modicam lęſionem reſcindi non poteſt. Licet enim contrahentibus ſe inuicem decipere circa pretium, *l. in cauſa. §. idem Pomponius. ff. de Minoribus, l. 4. & l. ſi voluntate, C. de reſcind. vendit.* Ergo vt iuramentum aliquid operetur, reſcindi non poteſt, etiam ob maximam læſionem.

Secunda eſt opinio negantium iuramentum auferri beneficium dictæ l. 2. *Huius authores ſunt Ant. Burg. in c. cùm cauſa, de empt. & vend. & alij, quos refert & ſequitur Pinel. in Comment. d. l. p. 3. c. 1.*

Argumenta ſunt iſta. Iuramentum non obligat, vbi deeſt conſenſus, *l. vltim. C. de non numerata pecun. c. veniens, & c. Quintauallis, de iureiur.* Sed quando ex contractu contingit immodica læſio vltra dimidiam, deeſt conſenſus iurantis, quia præſumitur error, & ignorantia, *vt docet Gloſſ. in l. quiſquis, C. de reſcind. vendit.* Ergo iuramentum hoc in caſu non obligat.

Secundum argumentum. Iuramentum non obligat, vbi dolus interuenit in contractu, *cap. Cùm contingat, de iureiur.* Sed ex immodica læſione dolus re ipſa detegitur in contractu, *l. ſi quis cùm aliter, ff. de verbor. obligat.* Ergo iuramentum hoc in caſu obligat.

Tertium argumentum eſt ex eo, quòd tam immodicè læſus eodem errore, quo decipitur, & ita ad contrahendum inducitur, præſumitur etiam induci ad iurandum, *argumento leg. vltim. § idem quæſijt, ff. de condict. indebiti.*

Tertia eſt ſententia Baldi, *ad leg. quæ ſub conditione, §. 1. ff. de condit. & demonſtrat.* Iuramentum hoc in caſu operari, vt contractus reſcindi nequeat, ſed tamen, venditor petere poterit id, quod deeſt iuſto pretio rei venditæ, *Sequitur Felin. in cap. inter cæteras, de reſcriptis, & alij apud Oſaſcum deciſ. Pedemont. 40. numer. 7.* Verùm hæc ſententia, tam exactè refellitur à Couuarruuia *ad c. quamuis, in 3. part. §. 4. de pactis. in 6.* & à Pinello, *in comment. dicta l. 2. in 3. part. c. 1.* vt omnis labor noſter in ea refutanda ſuperuacaneus eſſe videatur.

Quarta eſt ſententia eorum, qui diſtinguunt inter ſimplicem læſionem vltra dimidiam, quam enormem appellant, & læſionem longè vltra dimidiam, quam vocant enormiſſimam. Primo caſu docent, iuramentum non auferre beneficium d. l. 2. Secundò verò caſu auferre. *Ita Corneus, & alij apud Pinellum in 3. parte, cap. 1. numer. 7. & num. 8. Couuarruuias ad c. quamuis, de pact. lib. 6. part. §. 4.*

Quinta eſt opinio Alciati, *in c. cùm contingat, numer. 213. de iureiur.* Is poſt Cumanum ab eo relatum, ait, omnem difficultatem in hac repoſitam eſſe circa modum agendi. Aut enim, inquit, vltra dimidium læſus, contractum reſcindi, vel pretium ſuppleri petit, & non poteſt propter vinculum iuramenti. Aut dicit ſe deceptum fuiſſe, & ideò iuramentum non tenere, vindicatque rem ipſam venditam, & tunc agere poteſt iuramento non obſtante. *Eandem ſententiam ſecutus eſt Menoch. in conſil. 512. num. 52. lib. 5.*

Sexta & poſtrema eſt ſententia eorum, qui in hac controuerſia docent, læſum vltra dimidiam, abſolutionem à iuramento petere poſſe, & hac obtenta agere ad reſ-

ſionem

ſionem contractus. *Ita docent Imola in c. cùm contingat, ante num. 55. de iureiur. & in c. pen. numer. 24. de empt. & vend. Alexand. in l. ſtipulatio hoc modo concepta, num. ff. 10. de verb. obl. Rebuff. in tract. de reſciſſ. contract. art. vnic. Gloſſ. 15. num. 42. Panorm. & Ant. Burg. in d. c. cùm contingat, num. 23. Iacob. Riminald. in conſ. 222. lib. 2. Rota Rom. apud Caßiod. deciſ. 1. tit. de empt. & vendit.*

Hæc ſententia mihi videtur veriſſima, Tres autem haber partes. Prima, Iurantem agere non poſſe ad reſciſſionem contractus, antequam à iuramento fuerit abſolutus. Secunda abſolutionem à iuramento hoc in caſu eſſe concedendam. Tertia, Abſolutione obtenta, actionem competere ex d. l.

Prima pars ita probatur. Omne iuramentum eſt ſeruandum, ſi modò non vergat in diſpendium ſalutis æternæ, vel in alterius præiudicium, *c. cùm contingat, de iureiur.* Sed iuramentum de quo agitur, non vergit, &c. Ergo ſeruandum eſt.

Si dicatur iuramentum non eſſe ſeruandum, vbi dolus interuenit, *vt in d. c. cùm contingat. ibi, Neque vi, neque dolo extorta.*

Reſpondeo. Id ita eſſe accipiendum, vt tamen requiratur abſolutio à tali iuramento, *vt probat text. in § . ſi verò, de iureiur. & in c. ad audientiam, & in c. ad aures, de eo quod metus cauſa* quia *in dictis locis* Pontifex docet abſolutionem requiri à iuramento metu extorto, cùm tamen conſtet in metu dolum ineſſe, *vt in l. ſi cùm exceptione, § . cùm quis. ff. de eo, quod metus cauſa.*

Nec obſtat reſponſio Ant. Burgenſis, *in c. cùm cauſa, numer. 4. de empt. & vendit.* in iuramento metu extorto, voluntatem quandam iurantis, licèt coactam, poſſe conſiderari. At ſecus, vbi dolus in contractu eſt adhibitus; Reſpondeo enim, id procedere poſſe, vbi dolus ex propoſito adeſt; ſecùs autem vbi dolus re ipſa ex læſione oritur. quia maior eſt voluntas in contrahente ſic læſo, quàm in eo qui coactus iurauit.

Denique, quod dicitur, iuramenta dolo extorta non obligare, ita eſſe accipiendum, vt abſolutio nihilominus neceſſaria ſit, *tradunt Innoc. & Ioan. Andr. in c. ad aures. De his quæ vi metuſve cauſa. Archid. in c. quamuis, de pact. lib. 6. Imola in d. c. cùm contingat, nu. 3. Calderinus in conſil. 8. Dua puella. Petrus Anchar. in conſ. 375. ibi, Verùm quia non propria authoritate, &c. Bald. & Caſtr. in l. vlt. ff. qui ſatiſdare cogant. Angel. in l. ſi quis pro eo, ff. de fideiuſſor. Natta in conſ. 144. licèt ipſe ſibi parum conſtans ſecus dixerit in conſ. 166. num. 20. Couuarr. in epitome de ſponſal. 2. p. c. 3. § . 5. nu. 2. & in c. quamuis, in 1. p. § . 5. num. 3. & lib. 1. var. reſ. c. 4. num. 7. Menoch. de recup. poſſ. remedio 1. numer. 294. quanquam idem aliter loquatur in conſil. 1. num. 302. lib. 1. Ad quem locum ſe remittit in conſil. 426. nu. 36. lib. 5.*

Secunda pars concluſionis, videlicet abſolutionem eſſe concedendam, ſic probatur. Iuramentum non debet eſſe vinculum iniquitatis, *22. q. 2. c. animaduertendum, c. Etſi Chriſtus, de iureiur.* Sed vbi eſt tam immodica læſio, ibi eſt iniuſtitia, & iniquitas magna. Ergo iuramentum eſt relaxandum. *Facit text. in c. 1. & in c. debitores, de iureiur. & ibi notat Imol. & idem Imol. in c. ſi verò, num. 3. eod. tit. Decius in conſil. 180. num. 5. Soc. iun. in conſil. 48. num. 29. & 30. lib. 12. Curt. iun. in conſ. 141. num. 9. Marcabrunus in conſil. 30. num. 311.*

Et hæc eſt communis ſententia, abſolutionem à iuramento concedendam eſſe, quoties iniuſtitiam continet, *ſicuti tradunt Caſtrenſ. ad legem, ſi quis pro eo, numer. 6. ff. de fideiuſſoribus. Ancharanus d. conſ. 175. Natta dicto conſil. 144. Crauetta in conſil. 152. numer. 11. & 192. num. 11.*

Porrò abſolutione obtenta à iuramento actionem competere ad reſcindendum contractum, probatur hoc argumento. Abſolutio tollit vinculum iuramenti, & idem eſt, ac ſi iuramentum præſtitum non fuiſſet, *vt patet ad ſenſum, & tradunt Corneus. in conſil. 288. lib. 3. Socin. iun. in conſil. 3. numer. 44. libro 2. Roland. à Valle, in conſil. 7. num. 58. lib. 3. Afflictus deciſ. 322.* Sed ſi iuramentum non eſſet præſtitum, proculdubio daretur actio ad reſcindendum contractum, propter læſionem vltra dimidiam. Igitur idem ſtatuendum eſt conceſſa à iuramento abſolutione.

Ad argumenta primæ opinionis, quæ abſolutè negat, locum eſſe reſciſſioni contractus ad iuriſiurandi religionem, reſponſio patet ex præmiſſis, omnia enim argu-

menta militant ante abſolutionem à iuramento conceſſam. Poſt conceſſam verò abſolutionem, omnia ceſſant, quia virtus iuramenti ceſſat.

Ad primum argumentum ſecundæ opinionis reſpondeo, negando errore præſumi etiam data læſione. Vbi enim quis iurat, præſumitur conſultò, & conſideratè omnia facere, *argum.c.ex reſcr. de iureiur. Vide Alex.in conſil.*42.*numer.*17.*lib.*1.*Natta in conſil.* 144.*numer.*7. *& Andr.Gaill,lib.*2.*obſeruat.*10. *num.*26.

Ad ſecundum reſpondeo, negando iuramentum propria authoritate negligi poſſe,& violari,etiam data læſione immodica. Conſtat enim ex ſupradictis,abſolutionem eſſe neceſſariam, licèt dolus interuenerit.

Ad tertium argumentum reſpondeo, illum text in l.vltim.§.idem quæſijt,nil commune habere cum quæſtione noſtra, nec de illa ſpecie loqui, in qua iuſiurandum intereeſſit.

CAPVT XVIII.

An lex 2. *C. de reſcind. vendit. contra ſingularem ſucceſſorem locum habeat, & an locum habeat re perempta.*

COMMVNIS eſt Doctorum ſententia. tertium ac ſingularem ſucceſſorem in re vendita conueniri poſſe, ex hac lege 2. ſi duo hæc concurrant. Primum, vt is, à quo cauſſam habet, nimirum emptor ille, qui decepit ac læſit venditorem, ſoluendo non ſit. Secundum, ſi ipſe ſingularis ſucceſſor poſſideat rem ex cauſſa lucratiua. Aut certè ex contractu, qui eodem iniuſtitiæ morbo laboret. *Ita poſt Baldum & alios reſpondit Tiraquell. ad l.Si vnquam.C. de reuocand. donat. in verbo, Reuertatur, num.*329. *Couuarruuias lib.* 2. *variarum reſolut. cap.* 3. *numer.*10. *Menoch.in conſil.*63.*num.*22.*lib.*1.*Stracha ad Crauettam in conſil.*7.*num.*13.

Sed fundamentum habet hæc ſententia magnoperè infirmum, nempè, in l. in cauſæ.14. §. vltim. ff. de minoribus, qui textus nihil aliud dicit, niſi minorem eſſe reſtituendum, etiam aduerſus tertium emptorem, & poſſeſſorem, ſi tertius ille poſſeſſor rem emerit, ſciens minorem fuiſſe læſum, & ſimul prior emptor ſoluendo non ſit.

Quare contrariam ſententiam, quam vnus probat Pinellus *in comm. d.l.*2.*in* 2. *parte,cap.*1.*numer.*32. veriorem eſſe, ac Iuris regulis magis conſentaneam affirmare non dubito.

Principio etiam ſatis conſtat, actionem ex contractu deſcendentem, qualis eſt ea, de qua agitur aduerſus ſingularem poſſeſſorem non competere. Neque enim perſonalis obligatio fundum ſequitur, *l.*1.§.*ſi heres,ff. ad Trebellian. l. vlt.* §. *vlt. ff. de contrahend. empt. & propius ad rem noſtram text.in l.dolus,C. de reſcind. vendit.*

Deinde contra dictam communem ſententiam facit text. in *l. AEris alieni,C. de don.* vbi dicitur, agi non poſſe contra donatarium, ac poſſeſſorem rei debitoris, ab eo cui debitor donans erat obligatus, nec diſtinguit text. an debitor ſoluendo ſit, necne.

Prætereà dicit text. *in l.* 1. *&* 3. *c.* ſi vendito pignore agatur, contra tertium poſſeſſorem agi poſſe,tunc demum, cùm mala fide emit,& is qui conueniri poterat,ſoluendo non eſt.Igitur ceſſante mala fide,conueniri non poterit.

Quòd ſi proponatur emptorem eſſe in mala fide, locus eſſe poſſet communi ſententiæ, quemadmodum fatetur Pinell. *loco annotato.*& Couuar.*lib.*2.*variar.reſolut.cap.*3. *poſt numer.*10. *verſic. tertia concluſio,* quibus & ipſe adſtipulor.

Eſt & alia controuerſia, cùm venditor vltra dimidiam læſus eſt, & res vendita ſine culpa emptoris, caſu ſcilicet, fortuito, perijt, vtrùm venditori liceat aduerſus emptorem agere.

Abbas Panorm. *in c. cùm dilecti, de empt.& vend.* reſpondit. Venditori actionem competere, vt quod deeſt iuſto pretio, conſequatur ab emptore. *Eandem ſententiam ſecutus eſt Franciſc.Cremenſis,ſingul.*85.*Volo.Ripa in l.quod te,num.*11. *ff.ſi cert. pet. & alij à Pinello citati,in* 2.*parte,c.*1.*num.*36. *& à Couuarr. lib.* 2. *var.reſolut.c.*4.*circa fin.*

Fundamentum eſt in eo, quòd emptor æquè principaliter obligatus ſit venditori,

vel

vel ad perſoluendum id, quod deeſt iuſto pretio, vel ad rem emptam reſtituendam. Ex quo ſequitur, re perempta, obligationẽ ad pretium ſupereſſe, *ex l. ſi in emptione, §. ſi emptio. ff. de contrahen. empt. & ex l. Stichum, aut Pamphilum. ff. de ſol.*

Quod autem vtrumque ſit in obligatione æque principaliter, probatur *ex cap. cum dilecti, de empt. & vendit. & ex cap. cum cauſſa eodem tit.*

Sed contrariam ſententiam, nempe vẽditori nullam actionem competere, longe probabiliorem eſſe iudico, *quam quidem ſententiam amplexi ſunt Accurſius, Bart. Caſtr. & alij communiter, in d. l. 2. vbi Cagnolus, num. 15. Pinell. in 2. parte, c. 1. numer. 36. Couar. variar. reſolut. lib. 2. c. 4. num. 10. Anton. Gomeſ. de Contract. cap. 2. num. 22.*

Probatur hæc ſententia, primo ex l. ſi res æſtimata, 13. §. 1. ff. de iure dotium: [*Enim vero*, inquit Iuriſconſultus, *ſi in æſtimationis modo circumuenta eſt, erit arbitrium mariti vtrũ iuſtam æſtimationem, an potius ſeruum præſtet. Et hæc ſi ſeruus viuit. Quod ſi deceſſerit, Marcellus ait, magis æſtimationem præſtandam, ſed non iuſtam, ſed eam quæ facta eſt, quia boni conſulere mulier debet, quod æſtimatus fuit.*]

Si mulier in cauſſa dotis, quæ ſemper & vbique præcipua eſt, *l. 1. ff. ſoluto matrimo.* petere non poteſt id, quod deeſt iuſto pretio, vbi res perempta eſt, longe minus id iuris venditor habebit.

Secundo, probatur hæc ſententia, vbi quantitas debetur reſpectu certæ ſpeciei, tunc ſpecie perempta, debitor eſt liberatus, *l. Titia textores. §. vltim. de leg. 1. l. electio. §. quid ſi is, ff. de noxalibus, l. 1. §. vltim. ff. ſi cui plus, quam per legem Falcidiam, & l. ſi communis ſeruus, in verſic. Ex his igitur. ff. de furtis.* Sed in hac quæſtione quãtitas debetur reſpectu certæ ſpeciei, nempe contemplatione rei venditæ. Ergo re perempta perimitur obligatio ad pretium.

Tertio probatur, quia hoc in caſu res principaliter dicitur eſſe in obligatione, iuſti autem pretij ſuppletio in facultate ſoluendi, vt probat text. *in d. l. 2. C. de reſcind. vend.* in illis verbis: [*Humanum eſt, vt vel pretium te reſtituente emptoribus, fundum venundatum recipias, vel ſi emptor elegerit, quod deeſt iuſto pretio, recipias.*] Illa verba: *Si emptor elegerit*, expreſſe indicant, illud in electione emptoris eſſe, & ſic in facultate ſoluendi.

Simile habetur in l. miles. §. decem. ff. de re iudicata. Conſequenter re perempta debitor eſt liberatus, *l. ſi ex legati cauſ. ff. de verb. oblig. l. quod te. ff. ſi certum peta. l. ſi quis ſtipulatus fuerit decem in melle. ff. de ſolutionib.*

Non obſtat text. in c. cum cauſſa, & in c. cum dilecti, neque enim dicunt aliud, niſi emptorem facultatem habere ſoluendi iuſtum pretium, & eam facultatem illi non eſſe auferendam, quod & nos fatemur. Sed non propterea efficitur, quin rei reſtitutio principaliter ſit in obligatione, vt loquuntur noſtri Doctores.

Illud monendum eſſe iudico: quod Couarr. probat, & Pinell. *locis annotatis*, & mihi æquiſſimum videtur, quicquid velit Anton. Gomeſ. emptorem conueniri poſſe, & compelli ad ſoluendum iuſtum pretium, licet res perierit, cum alteri eam ipſe vendidit, & ab emptore iuſtum pretium accepit, tunc enim ſumma eſt ratio, cum ipſe emptor pretium habuerit, quaſi rem ipſam habere videatur.

Caput XIX.

De clauſula venditioni adiecta, & ſi quid pluris res valet, donat, Controuerſiæ aliquot.

SI vendat quis minori pretio rem maioris pretij, ea clauſula adiecta: [*Et ſi quid pluris valet, donat,*] vtrum, ſi vltra dimidiam venditor lædatur, ad reſcindendum contractum agere poſſit, controuerſia eſt. Imola enim, Ludouicus Romanus, & Æmilius Ferretus *in comment. l. ſi quis cum aliter. ff. de verb. oblig.* venditorem agere poſſe negant, quia cum venditio minime reſcindatur propter modicam læſionẽ, *l. quiſquis. C. de reſcind. vend.* talis clauſula operari debet, vt nec propter magnam læſionem reſcindatur, alioqui ſuperflua erit. Sed contrariam ſententiam amplexi ſunt Bart. Alex. & Iaſon, *in d. l. ſi quis cum aliter*, nec non in l. 2. C. *de re-*

de reſcind. vend. vbi Hieron. Cagnol. n.124. Pinel. in 1. p. c. 2. num. 20. Quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex l. hæc adiectio, 192. ff. de verb. ſign. [*Hæc adiectio,* inquit Vlpianus, *pluris vt, non infinitam pecuniam cötinet, ſed modicam dumtaxat.*] Itaq; Clauſula illa: [*Et ſi quid pluris valet, donat,*] Ita debet intelligi, vt locum habeat in modica quantitate, non autem in magna.

Nec idcirco ſuperflua reputãda eſt, quia operatur vt emptor minoris emens, quam ſit iuſta rei æſtimatio, non peccet. Quanquam tolerandum potius videretur, eam nihil operari, & ſuperfluam eſſe, quam vt venditor vltra dimidiam læderetur, *argumento eorum, quæ notantur in l. vlt. §. In computatione. C. de iure liberandi, per Iaſonem, in l. iuſtitia, col. vlt. ff. de iuſt. & iure, & D. Ioannem Cephalum in conſ. 104. n. 21. lib. 1.*

Sed alia oritur controuerſiâ circa hanc eandem clauſulam, in ratione, ac ſupputatione fienda ipſius læſionis: Cum enim per eam clauſulam aliquid emptori donatum eſſe videatur, illud in primis eſſe deducendum, eoque deducto, dijudicandam eſſe læſionem, reſponderunt Alex. & Iaſon, *in d. l. ſi quis cum aliter, n. 17. ff. de verb. obli.* & Cagn. *in l. 2. C. de reſcind. vend. nu. 129.*

Cæterum, Pinellus *in 1. parte, c. 2. num. 21.* poſt Alciatum quem citat *in d. l. Hæc adiectio,* contrarium reſpondit, nullam ſcilicet, eſſe faciendam deductionem, quæ ſententia videtur mihi probabilior. Etenim argumenti vis in hoc eſt poſita. Clauſula: [*Si quid pluris valet donat,*] intelligitur de modica duntaxat quantitate. Ergo vbi immodica eſt læſio, & ſupra dimidiam, illa clauſula nihil operatur. Si nihil operatur: Ergo nihil deduci debet.

Sed & tertia oritur controuerſia. Eſt enim communis hæc Doctorum interpretatio, venditionem reſcindi non poſſe ex d. l. 2. Quoties dicta clauſula pinguius ac magis generaliter concepta eſt, puta, ſi dicatur: [*Et ſi quid pluris valet, totum illud, quantumcunque eſt, donat & remittit emptori.*] Ita Salicet. & Caſtren. *in d. l. 2. Cagnol. ibidem, numer. 130. Alexand. in conſil. 42. num. 7. lib. 1. Felin. in c. ſi cautio, num. 39. de fid. inſtrumentorum. Boerius alios commemorans, deciſ. 142. numer. 10.*

Quorum fundamentum, illud eſt ſatis firmum, quod ea ſit natura ſermonis vniuerſalis: vt nihil excludat, ſed omnia comprehendat, *l. Iulianus, de leg. 3. l. 1. §. Generaliter. ff. de leg. præſtan. cum aliis ſimilibus.*

Cæterum, Pinell. *in 2. parte, c. 2. numer. 22.* contrarium docet, eiuſdem ſententiæ authorem habens Perr. Rebuff. *de reſciſſ. contra gloſſ. 15. num. 20.*

Mouetur in primis ex l. 2. C. commu. de legat. vbi dicitur, leges verbis non eſſe impoſitas, ſed rebus. Reſpondeo, Id concedo. Sed non verbis tantum, ſed rebus hæc ſententia conuenit, quia vniuerſalis oratio plura continet, quam particularis. Quare latum eſt diſcrimen inter hæę: [*Si quid pluris valet dono, &c, ſi quid pluris valet, omne id, & totum quantumcunque eſt, dono.*]

Secundo, ita Pinellus argumẽtatur. Renunciatio generalis facta omni legum auxilio & beneficio, nõ tollit auxilium, quod venditori competit ex d. l. 2. ex communi Doctorum ſententia, *de qua per Tiraq. ad l. ſi vnquam, nu. 123. C. de reuocan. don.* Ergo nec verba illa generalia id beneficium auferre poterunt. Reſpondeo. Generaliter renuncians omni legum auxilio, de tam immodica læſione cogitare non præſumitur, propterea renunciatio ad eam ſpeciem non extenditur. Sed hic nominatim de læſione circa pretium, is, qui vendit, cogitare videtur, totumque id, quod iuſto pretio deeſt, emptori donare. Quare hęc noſtra ſpecies, nil commune habet cum ſpecie diuerſa.

Tertio, Pinellus vtitur argumento ex l. vlt. §. idem quæſitum. ff. de condict. indeb. vbi dicitur, Generalem clauſulam, quæ pactionibus adijci ſolet. [*Nullam controuerſiam facturum,*] indebiti cõditionem non auferre. Reſpõdeo, nihil obſtat. Quia ſi promittens, non præſumitur voluiſſe ſe obligare ad ſoluendum, quod non debebat, putabat enim ſe debitorem eſſe. At in ſpecie noſtra, venditor de læſione cogitat, ſe læſum eſſe non ignorat. Læſionem ipſam emptori remittit ac donat.

Quarto, Pinellus dicit: nihil operari debere hoc in caſu verborum multiplicationem

tionem, ex l. pediculis. §. Labeo. ff. de auro & argent. leg. ibi. [*Sed non mutauit ſubſtantiam rerum non neceſſaria verborũ multiplicatio, &c.*] Reſpondeo illum textum loqui, quoties vnum, & idem exprimitur diuerſis verbis, idem ſignificantibus, vt in eo, qui teſtamento, lanam ſcripſit, ac deinde verſicoloria, quaſi deſierit lana tincta, lana eſſe. At in ſpecie noſtra illa verba, [*Omne & totũ, quantumcunq; eſt, donat,*] generalia ſunt, & plura comprehendunt, quam ſimplex illa oratio, & ſi quid pluris valet, donat.

Quinto Pinellus adducit gloſſ. *in l. 4. ff. de pignor. act.* ad probandum, verborum geminationem, ſeu multiplicationem nihil operari. Reſpondeo, illam glo. nihil obſtare. Loquitur enim de interpellatione facta debitori, verbis geminatis, hoc modo. Solue, ſolue. Et ait, nihil operari magis quam ſupplicem interpellationem: Hoc non obſtat communi ſententiæ, quæ non docet, geminationem verborum hoc efficere, puta, ſi bis dicatur, & ſi quid pluris valet, donat. Sed fundamentum ponit in oratione vniuerſali, cuius natura eſt, vt nihil excludat, & conſequenter, neque læſionem vltra dimidiam.

Quarta eſt controuerſia, circa eandem Clauſulã, cum eidem annectitur alia clauſula, ex certa ſcientia, hoc modo. Venditor ex certa ſcientia, & nullo errore ductus, donat ſi quid pluris res valet. Nam hoc in caſu ceſſare l. 2. exiſtimarunt ibid. Caſtr. Bald. & Salic. quaſi venditori ſcienti, nulla fraus fiat, neque iniuria. *Idem reſponderunt Alex. in conſ. 42. n. 7. lib. 1. Curt. ſen. in conſ. 49. nu. 75. & Boerius, deciſ. 142. n. 10.*

Cæterum, Cagnol. *nu.* 126. & Pinell. *in 1. parte, c. 2. n. 13.* contrarium docuerunt, quibus ego aſſentior, duabus potiſſimum rationibus.

Prima, Quia lex 2. locum habet etiam in venditore ſciente rei venditæ æſtimationem, *vt in ſeq. c. demonſtrabitur.*

Altera eſt ratio: Quia hæc clauſula nihil aliud ſignificat, niſi venditorem, ſcientiam habere, rem eſſe maioris æſtimationis. Sed non ſtatim ſequitur, eum ſcire, rem venditam eſſe dig[illegible] pretio ab emptore ſoluto, & altero tanto, & amplius, atque iſtud totum eum remittere ac donare velle emptori.

Maiorem habet difficultatem quinta & poſtrema, ex eadem ſpecie deſcendens cõtrouerſia: An videlicet inſinuatio requiratur, ſi forte pretij quantitas à venditore donata, ſummam quingentorum aureorum excedat. Etenim, inſinuationem eſſe neceſſariam, affirmarunt *Ancharanus & Imola, in c. penult. de emptio. & vend. Alc. ad l. 2. nu. 16. ff. de verb. oblig. Alex. in l. ſi qui cum aliter, col. penult. ff. eod. tit. Calcaneus in conſ. 25. nu. 12. Marian. Socin. in conſil. 215. & alij, quos refert & ſequitur Tiraqu. ad l. ſi vnquam, in verb. Donatione largitus, nu. 3. C. de reuocan. donat. & de retractu conſang. §. 1. gloſ. 18. n. 15.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex l. ſi quis donationis. ff. de contrah. emptio. [*Quoties vero,* ait Vlpianus, *donationis cauſa viliore pretio res diſtrahitur, dubium non eſt donationem valere. Hoc inter cæteros. Inter virum autem & vxorem, donationis cauſa facta venditio pretio viliore, nullius momenti eſt.*] Idem docet l. ſi ſponſus. §. Circa. ff. de donation. inter virum & vxo. l. ſi vir vxori. C. ad Velleianũ, l. 1. §. ſi quis in fraudem, ff. ſi quid in fraudẽ patroni. Ex his legibus probatur venditionem factam viliore pretio donationis cauſa, eſſe veram donationem. Si vera donatio eſt, ergo nil proponitur, cur inſinuationem non requirat.

Secundum argumentum donati videtur id, quod nullo iure cogente datur, *l. 1. l. donari. ff. de donat.* Sed in hac ſpecie, is qui donat id, quod pluris res valet, nullo iure cogente id facit, ſed ſponte, quia non tenetur illud donare. Ergo neceſſaria videtur inſinuatio, ſicut in alijs donationibus.

Tertium argumentum. Hic venditor remittit ius emptori, quod ſibi competebat ad venditionem reſcindendam, vel ad iuſtum pretium petendum, vt patet: Sed remiſſio debiti, ſeu renunciatio iuris competentis donatio quædam iudicatur, *l. in ædibus. ff. de donat. l. ſi mulier. ff. de condict. ob cauſam. Tiraquel. ad d. l. ſi vnquam, in verbo, Largitus,*

num.

*num.*143. Ergo inſinuatio requiritur vt in alijs donarionibus, *vt per Tiraq. ibid. nu.*144.

Cæterum inſinuationem nequaquam eſſe neceſſariam reſponderunt *Calderin. in conſ.* 2. *tit. de empt. & vendit. Bart. & Bald. in l. ſi tibi. ff. de pact. Fabian. de Monte, de empt. & ven.* 8. *q. princ. verſ. Quarto quæro, & alij, quos refert & ſequitur Couar. lib.* 2. *variar. reſol. cap.* 4. *nu.* 8.

Argumenta ſunt iſta. Præcipua contrahentium intentio inſpicienda eſt, & ab ea contractus denominandus, *l. ſi quis nec cauſam. ff. ſi cert. peta. l. fundi partem. ff. de contrahen. empt.* Sed in hac ſpecie, præcipua intentio eſt vendendi, & emendi. Ergo talis contractus venditio eſt, non autem donatio. Cõſequenter, nec requiritur inſinuatio.

Secundo. Venditio rei viliore pretio facta, non eſt donatio, ſed damnoſus contractus, *Authore Baldo ad Rubr. C. de contrah. empt. n.*11. Is enim, qui ita vendit, non id agit donationis gratia, quia emptor forſan eſt extraneus, cum quo nulla amicitia, nulla neceſſitudo intercedit, & nulla etiam cauſa donandi. Ergo fruſtra diſputatur an requiratur inſinuatio.

Tertio. Venditio facta viliore pretio, ita demum donationis naturam induit, ſi donandi cauſa manifeſta ſit, ideoque inter virum, & vxorem talis venditio valet, niſi in fraudem donationis facta ſit, *l. ſi quis donationis. ff. de contrah. empt. l. ſi ſponſus. §. circa. ff. de donationibus inter virum, & vxorem.* Ergo inſinuatio non requiritur.

Quarto. Si in contractu emptionis, & venditionis titulus cõſtituendus eſſet, maxime conſtituendus foret, vbi læſio non eſt vltra dimidiam, illa enim contractum non reſcindit: ſed in tali læſione donatio non præſumitur. Ergo multo minus eſt præſumenda in læſione vltra dimidiam.

Donationem non præſumi in læſione citra dimidiam ex eo patet: quia ſi præſumeretur, hoc modo lædens, non peccaret nec ad reſtitutionem teneretur, quod tamen falſum eſt, quia & peccat, & ad reſtitutionem tenetur ex communi ſententia Theologorum.

Poſtremo. Si talis donatio, vera eſſet donatio, & inſinuationem exigeret, ſequeretur eam quoque reuocari propter ingratitudinem, *iuxta l. vlt. C. de reuocan. dona.* Item propter natiuitatem liberorum, *l. ſi vnquam, C. eod.* Item per querelam inofficioſæ donationis, *iuxta titu. C. de inoff. donat.* & alia id genus ſequerentur, quæ videntur eſſe noua, nec vllo modo vſu recepta.

Tertia eſt ſententia Pinelli, *in comment. d. l.* 2. *in* 1. *p. c.* 2. *nu.* 24. Inſinuationem eſſe neceſſariam, quando conſtat, certum aliquid deliberato animo remitti, quantitatẽ continens, in qua de iure requiritur inſinuatio. Si vero non conſtet de certa, & deliberata voluntate donandi, nõ eſſe veram donationem, ac proinde, inſinuationem non eſſe neceſſariam.

Ego in hac re duo dico. Primo, ſententiam priorem frequentioribus Doctorum ſuffragijs receptam eſſe. Deinde, eam contrarijs argumentis non euerti: dato enim quod nõ ſit vera donatio, & proprie dicta, negari tamen non poteſt, quin aliquo modo, ſaltem improprie, donatio exiſtimanda ſit, *argum. l.* 1. *ff. de donat.* Lex autem inſinuationem requirens, omnem comprehendit donationem, *l. ſancimus. C. de donat.*

Quare illud primum argumentum nihil obſtat, quo dicebatur, contrahentes nõ habuiſſe animum donandi. Etenim id negari ſumma ratione poteſt, cum animus ex verbis & factis detegatur. Hic vero, verba & facta donationi cõueniant, reſpectu ſcilicet maioris æſtimationis ac pretij, quod venditor emptori remittit ac donat.

Non obſtat etiam alterum argumentũ, quia in propoſita ſpecie manifeſta eſt donandi cauſa: Venditor enim diſerte profitetur, ſe id, quod pluris res eſt, donare, ac proinde, venditio eſſe dicitur viliore pretio facta, animo donandi, de qua Iuriſconſultus loquitur in l. ſi quis donationis. ff. de contrah. empt.

Quod vero dicebatur venditionem viliori pretio factam, non eſſe donationem, quia venditor donandi animum non habet perſonæ extraneæ, & nulla neceſſitudine coniunctæ, nihil mouet, quia in claris non eſt opus coniecturis, & cum in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt facienda vo-

da voluntatis quæſtio. Hic verſamur in claris, & verba donationem importanc.

Illud fateor, eam non procedere ex liberalitate, atque adeò non eſſe veram, & propriam donationem, ſed non propterea efficitur, quin requirat inſinuationem, cùm lex inſinuationem requirens, omnem complectatur donationem.

Quartum verò argumentum nihil aliud probat, niſi donationem non eſſe præſumendam cùm in venditione læſio contingit. Quod & nos vltrò fatemur, ideo enim contractus reſcindi poteſt, qui non reſcinderetur, ſi donatio eſſet præſumenda. Sed noſtra quæſtio verſatur in claris, cùm videlicet is, qui vendit, apertè profitetur ſe donare quicquid vltra pretium conuentum ex iuſta rei æſtimatione deberetur.

Abſurda verò, quæ commemorantur in vltimo argumento, meritò negari poſſunt. Quia ſi donationem hanc eſſe ſtatuimus, omnes leges, quę de donatione ſunt latę, ad eam quoque producendæ erunt, nec abſurdum erit reputandum, quod iuri conſentaneum eſſe videtur.

CAPVT XX.

Aliæ ſex Controuerſiæ ad eandem l. 2. C. de reſcind. vendit. pertinentes.

SVnt & aliæ controuerſiæ ad eandem legem pertinentes, quarum aliquas hic ſubijciemus. Prima. Vtrum agenti ex dicta lege, exceptio, melioramentorum, vt vocant, obijci poſſit, videlicet, venditorem audiendum non eſſe, niſi ſumptus neceſſarios, & emptori vtiles reſtituat. Etenim reſtituendos eſſe Bald. affirmat, *in comment. d. l. 2. cuius ſententiam ſecuti ſunt Alexand. ad Bart. in l. intra vtile, §. vlt. ff. de minorib. Anton. Burg. in c. cum cauſa, de empt. & vend. num. 56. Iacob. à S. Georgio, in l. ſi res, §. 1. ff. de iure dotium, Fabian. de Monte, de empt. & vend. 8. quæſt. princ. num. 4. Boer. deciſ. 47. num. 8. Cagnol. ad d. l. 2. num. 153. & eo loci Pinell. in 2. p. c. 3. num. 1.*

Fundamentum eſt in l. intra vtile, 40. §. vlt. ff. de minoribus, vbi dicitur, Minorem reſtitutum aduerſus venditionem prædij à Curatoribus factam, ſumptus ab emptore factos in rem ipſam, reſtituere cogendum.

Sed contrarium docuit Salicetus, *ibidem*, quem ſecutus eſt Pantaleon Cremenſis, & eius fundamentum eſt; quia emptor facultatem habet retinendi rem emptam, venditori ſoluendi id, quod deeſt iuſto pretio. Quare ſi rem retinere nolit, cùm poſſit, & iuſtum pretium ſupplere, non videtur audiendus eſſe in exceptione meliorationum & ſumptuum.

Sed mihi longè probabilior videtur Baldi ſententia, quæ communis eſt, & multis alijs legibus iuuatur, quibus definitum eſt, bonæ fidei poſſeſſorem, ſumptus huiuſmodi deducere poſſe, *l. domum. C. de rei vendic. l. in fundo. ff. eo. l. ſi prædium. C. de prædijs Minorum.* Eſt autem hic emptor in bona fide, cùm titulum habeat iuſtum, *l. bonæ fidei. ff. de verbor. ſignif.* Nec immoderata læſio facit, quo minus contractus bona fide factus cenſeatur, *vt patet ex l. ſi ſuperſtite. C. de dolo.* vbi tranſactio bona fide facta dicitur, licèt immodicam læſionem contineret.

Nec obſtat argumentum Saliceti, quia is non facit iniuriam, nec in culpa eſſe dicitur, qui iure ſuo vtitur, Emptor autem hoc iuris habet, vt vel retinere poſſit rem emptam vel eam venditori reſtituere, iuſto pretio ei ſoluto. Si reſtituere maluerit, nihil proponitur, cur ſumptus repetere non poſſit à venditore, cùm & à minore contractum reſcindente, reputantur.

Altera eſt controuerſia, de venditione facta cum decreto Iudicis, an reſcindi poſſit propter læſionem vltra dimidiam. Et quidem reſcindi nihilominus poſſe affirmarunt Imolenſ. & Alexand. *ad l. ſi quis cùm aliter. ff. de verbor. oblig. Panorm. in c. cum cauſa. numer. 6. de empt. & vend. & ibidem Anton. Burgos, num. 27. Ang. Aret. in §. ſi quis agens, num. 3. Inſtitut. de actionib. Pantaleon Cremen. ad d. l. 2. numer. 108. & ibid. Cagnol. num. 158. Iacob. à S. Georgio, in l. pacta nouiſſima, num. 8. C. de pact. & ibid. Iaſon, num. 9. Rebuff. de reſciſſ. contract. artic. vnico, gloſſ. 15. numer. 40. Idem ſenſit Ant. Gomeſ. de contract. c. 2. poſt num. 22. & nouiſſimè eandem ſententiam ſecutus eſt Menoch. de præſumpt. lib. 2. præſumpt. 75. num. 34.*

Probatur hæc ſententia primò, ex l. ſi quidem. C. de prædijs Minorum, vbi dicitur,

tur, minorem aduerſus venditionem eſſe reſtituendum, ſi fuerit læſus in pretio, licèt cum decreto Iudicis facta fuerit venditio.

Secundò, probatur hac ratione: Eccleſia vltra dimidiam læſa in contractu, actionem habet ad illum reſcindendum, *vt patet ex c. cùm dilecti, & ex c. cùm cauſa, de empt. & vend.* & tamen id intelligi oportet, de venditione facta, ſolennibus Iuris adhibitis, alioqui non valeret, *vt in toto tit. de rebus Eccleſiæ non alien. in extrauag. Ambitioſæ, eod. tit. & alibi.* Ergo nihil prohibet, quo minùs idem ſtatuendum ſit in alijs contractibus, etiam ſolenniter factis, & cum Iudicis authoritate.

Tertiò probatur, quia hoc operatur Iudicis decretum, vt contractus præſumatur rectè & ritè celebratus: Verùm hæc præſumptio cedere debet veritati; Conſequenter ſi apparet de læſione & iniuſtitia, ceſſare debet illa præſumptio, & decreti efficacia. *Facit text. in l. magis puto. §. penult. ff. de rebus eorum. Latè Menoch. de præſumpt. lib. 2. cap. 75. num. 32.*

Cæterùm contrariam ſententiam habuerunt *Bart. & Io. de Platea, in l. 1. C. de prædijs Decurionum, lib. 10. Caſtr. in comment. ad l. 2. C. de reſcind. vend. num. 5. Angel. in conſil. 142. circa fin. Socin. ſen. in conſil. 57. col. vltimi. lib. 4. Dec. in conſil. 210. poſt num. 8. Corn. in conſ. 56. lib. 3. & alij, quos refert Anton. Gabr. commun. concl. tit. de empt. & vend. concluſ. 1. num. 57.*

Fundamentum eſt in l. 1. C. de prædijs Decurionum, lib. 10. & in ea Iuris regula, quę docet, vbi Iudicis decretum interuenit, omnia præſumi ſolenniter acta, *de qua regula vide Alciat. de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 10.*

Sed nullius momenti eſſe videntur hæc argumenta. Quamobrem priori ſententiæ adhærendum eſſe iudico. Quod enim attinet ad d. l. 1. hæc ſunt verba, (quod attinet ad rem noſtram) [*Denique nihil erit poſtmodum* (ſcilicet, decreto Iudicis interueniente) *quo Venditor, vel circumuentum ſe inſidijs, vel oppreſſum potentia comparatoris queri debeat; Quandoquidem ſub fide actorum, & de neceſſitate diſtrahentis, & de voluntate patuerit comparantis.*]

Hæc verba, probant, venditorem allegare non poſſe hoc in caſu, ſe vel metu coactum, vel inſidijs emptoris circumuentum vendidiſſe. Sed nullum verbum de læſione vltra dimidium, quòd ſcilicet, de illo conqueri non poſſit.

Non obſtant verba illa eiuſdem legis pręcedentia. [*Ita enim fiet, vt nec immoderatus venditor, nec emptor, cuiuſcunque ſit conditionis, inueniatur iniuſtus.*] Quia ſenſus eſt, Decurionem vendere non poſſe prædia abſque neceſſitate à Iudice æſtimanda. Quòd ſi forma hæc ſeruata ſit, [*ſic eueniet*, inquit textus, *vt nec immoderatus venditor inueniatur,*] id eſt, qui ſine cauſſa, & moderatione vendant, [*& emptor non inueniatur iniuſtus,*] id eſt, qui vel potentia, vel inſidijs ad vendendum inducat, vt ſtatim text. ſubdit. Vel ſi ad omnem iniuſtitiam illa verba referantur, ſenſus eſt, non facilè repertum iri, qui quoquo modo venditorem decipiat, & minùs iuſtè contrahat, propter Iudicis authoritatem, qui intercedit. Quod quidem & nos ſponte fatemur.

Sed iam quæſtio eſt, ſi & Iudex, & contrahentes circumuenti ſint, fortè etiam per imprudentiam errauerint, ita, vt venditor in pretio fuerit deceptus vltra dimidiam, an reſcindi contractus poſſit? Et reſcindi poſſe dicimus, quia manifeſtum eſt Iudicis authoritatem parùm in hoc profeciſſe. Nec textus ille hoc negat, licèt multum Iudicis authoritati tribuere videatur.

Quod verò attinet ad illam Iuris Regulam, præſumi omnia ſolenniter acta ex decreto Iudicis, reſponſio patet ex præmiſſis, quoniam, (vt dictum eſt) vna præſumptio tollit aliam, *l. Diuus. ff. de in integrum reſtit.* Et veritati cedit omnis præſumptio. Vnde in propoſito textus in l. ſi quidem. C. de prædijs Minorum. [*Si verò,* inquit, *iure interpoſito decreto venditionem vili pretio eius poſſeſſionis, cuius vires ignorabat, fecit iuxta perpetui edicti authoritatem in integrum reſtitutio, cauſa tamen cognita, præbetur.*]

Tertia controuerſia eſt. Vbi inter emptorem & venditorem eſt conuentum, vt ſi vltra dimidiam læſio contigerit, iuſtum pretium ſuppleatur, an reſcindi contractus

poſſit

poſſit ex d.l.2. Et reſcindi non poſſe cenſuerunt Bald. *ad titul. Qualiter dominus feudi proprietate priuetur.* Aretin. & Alexan. *ad l. ſi quis cùm aliter, col. pen. ff. de verb. oblig.* quia prouiſio hominis, facit ceſſare prouiſionem legis iuxta vulgare dictum, quod ſumitur ex l. vltim. C. de pact. conuent.

Sed contraria ſententia videtur mihi probabilior, *quam ſecuti ſunt Iaſon in l. 2. C. de iure emphyt. numer. 143. & Cagnol. in d. l. 2. C. de reſcind. vendit. num. 168.*

Probatur hæc ſententia ex d.l. 2. quæ generaliter loquitur. Nec obſtat Regula, prouiſio hominis, &c. quia intelligitur, quando prouiſio legis eſt ſpecialis, & contra iuris communis regulas, *ſicuti declarant Bartol. ad l. ſi cùm dotem. ff. ſol. mat. & alij apud Gabr. in commun. concluſ. tit. de reg. iur. concluſ. 8. num. 4.* Sed in ſpecie noſtra legis prouiſio generalis eſt, & ex iure communi prouenit, vt patet, ergo ceſſat illa Regula, & præualere debet ea ſententia, quæ iniuſtis contractibus & doloſis occurrit.

Quartò controuertitur, ſi emptor inuenerit theſaurum in re vendita, an venditor vltra dimidiam læſus, agere poſſit, ita, vt theſauri ratio habeatur, propter quem res proculdubio pluris æſtimanda eſt; & habendam eſſe rationem eiuſmodi theſauri docuit Ludouic. Roman. *ad l. ſi quis cùm aliter, ff. de verbor. obligat.* dicens ſe ita ex facto reſpondiſſe, duabus rationibus: Altera, quia in iudicanda læſione ratio habenda eſt æſtimationis rei, ſecundùm tempus contractus celebrati, *l. ſi voluntate. C. de reſcind. vend* licèt occulta ſit huiuſmodi æſtimatio, & minimè patens, *l. non intelligitur. §. Diui fratres, ff. de iure fiſci.* Altera eſt ratio, quia contractus venditionis & locationis ſunt ſimiles, *l. 2. ff. locati.* ſed in locatione receptum eſt, vt penſio ſit augenda, ſi conductor maximum lucrum ſentiat, *vt no. gl. in l. ſi merces, §. vis maior. ff. locati:* Ergo, & in venditione idem ſtatuendum eſt, vt ſi magnum lucrum emptor fecerit, theſauri inuentione, condemnandus ſit ad maius pretium ſoluendum.

Sed contrarium docent Franciſc. Aret. *in d. l. ſi quis cùm aliter, num. 8.* & Cagnol. *in l. 2. num. 171. C. de reſcind. vend.* Quorum ſententiæ ego potiùs accedo: Nam theſaurus à venditore non poſſidebatur, cùm ignoraret vbi eſſet, & omnino illum in poteſtate non haberet, *l. 3. §. Nerua & §. ſeq. ff. de acq. poſſeſſ.* ergo læſus in pretio dici non poteſt, quamuis pro theſauro, quem non poſſidebat, nihil acceperit.

Argumenta Romani nihil obſtant: Nam quod attinet ad primum, text. in §. *Diui fratres,* nihil aliud dicit, niſi iuſta rerum pretia ex præſenti æſtimatione conſtitui. Alterum autem argumentum de locatione, facilè confutatur. Quia etſi in conductore ita eſſet conſtitutum, id ſumma ratione factum eſſet, cum & in eo conductori conſulatur, vt nimirum propter ſterilitatem penſio ſit ei minuenda, *iuxta l. ſi vno. ff. locati.* At in emptore aliter eſt conſtitutum, quia perfecta emptione, omne commodum ad eum ſpectat; *l. neceſſario. ff. de periculo & commodo rei vendita.* Quare ſi theſaurum inuenerit (fortunæ donum Iuriſconſ. appellat, *in l. ſi is qui. ff. de acquir. rer. dom.*) eius lucro id cedere debet ſecundùm iuris regulas, *l. nunquam nuda, §. Theſaurus. ff. de acq. rer. dom.* Franc. Connanus exiſtimat theſaurum diuidendum inter emptorem & venditorem, ex æquitate, *lib. 3. communis iuris, c. 4. num. 4.* ſed magis placet quod iam dixi.

Quintò controuertitur. Vtrum venditori ſcienti iuſtam rei æſtimationem, actio competat ad contractum reſcindendum, ſi vltra dimidiam læſus fuerit, & communis eſt ſententia non competere, quia ſcienti & conſentienti, non fit iniuria, neque dolus, *c. ſcienti, de regul. iur. lib. 6. l. non videtur. ff. reg. iur. l. 1. §. vſque adeò. ff. de iniurijs, l. vendit. C. de reſcind. vendit.* Huc accedit à ſimile text. in l. domum. ff. de contrah. empt. in illis verbis; [*Simili quoque modo tractari oportet, vbi venditor quidem ſciebat, emptor autem ignorabat: hic enim oportet & venditionem ſtare, & omne pretium ab emptore venditori, ſi non depenſum ſit, ſolui.*] Ita docent omnes ferè interpretes, *in d. l. 2. C. de reſcind. vend. Bart. num. 14. Bald. numer. 7. Salic. nu. 11. Caſtr. nu. 7. Cagnol. nu. 124. alios commemorat. Pinell. ibi, in part. 1. cap. 1. num. 10. & vide Roland. à Valle, conſil. 59. nu. 10. lib. 1.*

Sed contrarium docuit *ibi* Albericus, *numer.* 12. & cum eo Pinell. *loco nuperrimè citato*, quorum ſententiam iure defendi poſſe fatetur Couuar. *lib.* 2. *variar. reſolut. c.* 4. *num.* 2. Quibus & ego magis aſſentior: Nam, illa diſtinctio ignorantis & ſcientis venditoris, lege non probatur; & ſi talis diſtinctio adhibenda eſſet, non ita generaliter, ſed moderatione aliqua adiecta conſtitutum fuiſſet, vt hoc in caſu venditori actio competeret.

Huc accedat eandem æquitatis, ſiue humanitatis regulam vigere vtroque caſu, etſi enim venditor iuſtam æſtimationem rei ſuæ non ignorauerit, humanum tamen eſt, vt ei ſuccurratur, qui fortè neceſſitate adactus vendidit, aut aſtutia emptoris deceptus fuit. Denique vix vnquam locus eſſet legis beneficio, ſi venditori ſcientia noceret. Præſumitur enim ſcire rei ſuæ æſtimationem, *argum. l. quiſquis. C. de reſcind. vend.*

Reſpondent diuerſæ ſententiæ Authores, errorem & ignorantiam eſſe præſumendam ex immodica læſione. At contra, Rerum experientia comprobatur, faciliùs quem errare in modico pretij exceſſu, quam in magno, vt & Pinell. animaduertit.

Quod verò dicitur, ſcienti & conſentienti iniuriam non fieri, neque dolum, parùm mouet: Nam iſtud intelligitur quantum ad actionem iniuriarum, & actionem de dolo, quæ in hoc caſu ceſſant, ſed exinde non infertur, quin ex æquitate, venditori læſo ſuccurrendum, ſit, quem neceſſitas vel alia cauſa coegit ad vendendum exiguo pretio, vt ſcilicet contractum reſcindere poſſit, aut iuſtum pretium conſequi.

Ad l. domum. ff. de contrah. emptio. Pinell. reſpondet, ibi ſpecialiter ita fuiſſe conſtitutum, quia conſtitutio l. 2. non erat Iuriſconſultis cognita. Adde, in ea ſpecie nullam fieri mentionem læſionis vltra dimidiam, circa pretium. Ratio enim dubitandi erat, quòd domus empta non extaret, ſed incendio conſumpta eſſet, licèt area extaret. Reſpondit tamen Iuriſconſultus, venditionem conſiſtere, ſi emptor ſciebat combuſtam eſſe domum nullam faciens de hac læſione mentionem. Quare ad hanc rem nō pertinet ille textus.

Sexta & poſtrema controuerſia eſt de renunciatione, an tollat actionem ex d. l. 2. Eſt autem duplex, altera generalis, cùm ſcilicet venditor renunciat omni legum auxilio. Altera ſpecialis, cùm renunciat læſioni vltra dimidiam, & actioni competenti ex d. l. 2. Generalem renunciationem non obeſſe venditori, docet Couuar. *lib.* 2. *var. reſol. cap.* 4. Sed contrarium reſpondit Paul. Caſtrenſ. *in conſil.* 337. *lib.* 2. & Andr. Siculus *in conſ.* 6. *lib.* 4. Specialem autem renunciationem obeſſe Bart. diſertè docuit, *ad l. ſi quis cùm aliter, circa fin. ff. de verb. obligat. & alij, quos commemorat Couuarr. loco annotato, quibus addi poſſunt alij ab Anton. Gabr. citati, commun. concluſ. tit. de empt. & vend. concluſ.* 1. *num.* 92.

Cæterùm, non obeſſe contendit Calcaneus *in conſ.* 25. *num.* 27. Ego verò in vtroque caſu ſententiæ communi adhæreo, quam in primis confirmabo, deinde argumenta contraria refutabo.

Renunciationem generalem non obeſſe venditori, probari poteſt inprimis argumento petito ex l. vlt. §. item quæſitum eſt, ff. de edict. indeb. in illis verbis: [*Item quæſitum eſt. an pactum quod in pactionibus ſcribi ſolet in hunc modum: Ex hoc contractu nullam inter ſe controuerſiam ampliùs eſſe, impediat repetitionem. Reſpondi nihil proponi, cur impediret.*]

Deinde probari poteſt ex eo, quod habetur in l. hæc adiectio. ff. de verb. ſignif. & ex l. ſi libertus. ff. de operis libertorum, quibus ex locis deducitur, verba generalia ad modicam læſionem, non autem ad magnam eſſe referenda.

Denique probari poteſt hoc argumento. In generali ſermone dolus non includitur, *l. creditor.* §. *Lucius. ff. mandati, l. ſi pater. ff. quæ in fraud. cred. l.* 1. *in fin. ff. de doli mali exceptione.* Sed ex læſione vltra dimidiam, dolus reipſa probatur, *l. ſi ſuperſtite. C. de dolo, l. ſi quis cum aliter. ff. de verb. oblig.* Ergo in generali renunciatione non continetur.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt huiuſmodi. Generalis renunciatio refertur ad omnia, de quibus renuncians cogitauit, vel in genere, vel in ſpecie, *l. qui iure militari. ff. de militari teſtamento, & tradit Bartol. in l.*

in l.de prætextu, C.de tranſact. Sed renuncians hoc in caſu, cogitare videtur, ſaltem in genere, de auxilio l.2. Ergo renũciatio ad eam quoque cauſam porrigenda eſt.

Reſpondeo: Nego minorem, quia vt dictum eſt, oratio generalis illum caſum non comprehendit, quo dolus continetur. Nec contrarium probat text. qui allegatur, aut Bartoli authoritas.

Porro ſpecialem renunciationem obeſſe renuncianti, ex eo manifeſte probatur, quo iuri ſuo quilibet renunciare poteſt, *l. pen. C.de pact.* & renuncianti non datur amplius regreſſus, *l. quæritur. §. ſi venditor. ff. de ædilitio edicto.*

Primum argumentum contrariæ opinionis eſt huiuſmodi. Eadem facultate qua venditor vltra dimidiam iuſti pretij læditur, videtur etiam huiuſmodi læſioni renunciare. Ergo talis renunciatio nocere non poteſt, ex traditis per Bald. *in l.2. nu.7. C.de reſcind.vend.* Reſpondeo. Nego antecedens: Nec Baldi authoritas obſtat, quia ille loquitur de fœminis, Minoribus, & Ruſticis, qui facilius decipiuntur ignorantia, imprudentia, & animi fragilitate, Quare, & iura promptiora ſunt in eis adiuuandis.

Secundum argumentum ſumitur à ſimili, ex eo nempe, quod dicitur, renunciationem exceptionis non numeratæ pecuniæ, incontinenti factam, non obſtare, *vt notatur in l.ſi ex cautione, C.de non numerata pecunia.* Reſpondeo, id merito ibi eſſe conſtitutum, quia ſub ſpe futuræ numerationis omnia fiunt, quæ ratio in præſenti allegari non poteſt.

Tertium argumentum ſumitur ex traditis à Ludouico Romano *in l.ſi quis cum aliter, ff.de verb.oblig.* vbi dicit renunciationem exceptionis doli, aut ſimulationis, in inſtrumento ipſo contractus adiectam, renuncianti non obeſſe. Reſpondeo, illud ſpecialiter conſtitutum eſſe in odium doli & ſimulationis. Ratio eſt: quantum ad doli exceptionem, quia præſumitur & in ea extorquenda dolus adhibitus. Quod vero attinet ad exceptionem ſimulationis afficere non debet renunciatio, nec poteſt, vt id, quod vere actum non fuit, actum fuiſſe videatur. Quæ quidem rationes ceſſant in præſenti.

Quartum argumentum eſt ex doctrina Bart. *in l. vlt. §. Item quæſitum, ff.de condict. indeb.* vbi dicit: Generalem renunciationem exceptionis doli, condictioni indebiti, &c. renuncianti non obeſſe, quin repetat indebitum ſolutum. Reſpondeo. Bartoli doctrinam lege non probari, quia text. *in d. §. Item quæſitum.* de tali renunciatione non loquitur, ſed de pactione illa: [*Nullam amplius inter ſe controuerſiam eſſe,*] vt merito à Bartoli ſententia diſceſſerint Fulg. Aret. Imola, & Alex. quos commemorat Didac. Couar. *loco annotato.*

Quintum argumentum eſt ex eo, quod renunciationes eiuſmodi contractibus & inſtrumentis inſerantur plerunq; ex ſtylo potius communi Notariorum, quam ex mente contrahentium. Reſpondeo, infirmum eſſe argumentum, quia ſæpe etiam adijciuntur, iuſſu & voluntate contrahentium, & Notariorum ſtylus pro locorum & prouinciarum diuerſitate, varius, ac diuerſus eſſe conſueuit.

Poſtremum argumentum eſt ex l.doli, verſ. Diuerſum, ff. de nouatio. in illis verbis: [*Diuerſum eſt in muliere, quæ contra Senatusconſultũ promiſit. Nã & in ſecunda promiſſione interceſſio eſt. Idemq; eſt in Minore, qui circumſcriptus delegatur, quia ſi nunc etiam minor eſt, rurſus circumuenitur.*] Reſpondeo, nec de his perſonis nos loqui, & ſpeciem eſſe longe differentem ab hac noſtra, vt patet.

Capvt XXI.

Explicantur quatuor alia Controuerſiæ pertinentes ad materiam l.2.C.de reſcind.vendit.

Svnt & aliæ controuerſiæ ad hanc materiam pertinentes, quas tractabimus. Controuertitur enim, vtrum l.2.C.de reſcind. vendit. locum habeat in liberatione facta deteriori, ſi ex ea creditor, vltra dimidiam læſus fuerit. Nam locum non habere reſpondit Fab.de Monte, *de empt. & vend.*

vend.q.8.nu.10. poſt Bald. & Caſtr. *quos citat, quem tamen Caſtrenſem hoc dicentem non inueni: idem reſpondit Cremenſ. ad l. 2. nu. 131. & Corn. conſ. 166. nu. 4. lib. 1.* Sed contrarium docuit Aret. *ad l. ſi quis cum aliter, num. 8. de verb. oblig. & ante eum Rom. ibid. n. 24. Bart. in conſ. 90. nec non Cagnol. in d. l. 2. n. 195.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. Si intra, ff. de pact. Ait Papinia. [*Si intra diem debiti partem mihi ſolueris, acceptum tibi reſiduum feram, ac te liberabo, licet actionem non habeat, tamen exceptionem competere debitori conſtat.*]

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ poſitum eſt in legib. quibus paſſim ſuccurritur contrahentibus dolore ipſa adhibito, & perperam deceptis, *iuxta l. ſi quis cum aliter. ff. de verb. obli. l. maioribus, C. communia vtriusque iudicij, l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, & ſimiles.*

Ego vero tam creditori, quam debitori grauiter decepto ſubueniendum eſſe non dubito, ſed nequaquam ex dicta l. 2. quia illa lex loquitur in venditore, & actionem concedit ad cōtractum reſcindendum, niſi iuſtum pretium ab emptore ſuppleatur. Quæ quidem conſtitutio ad liberationis actum, de quo agitur, inter creditorem & debitorem, haud facile accommodari poteſt.

Quod vero iſtis ſic deceptis ſuccurrendum ſit aliquo legis auxilio, demonſtrari poteſt argumento huiuſmodi. Aut enim creditor vel debitor læſus eſt in calculo rationum per errorem, & ſuccurritur eis ex l. 1. C. de errore calculi. Aut per errorem debitor plus ſoluit, quam deberet, vel creditor plus remiſit, datur repetitio, *l. cuius per errorem, ff. de regul. iur. l. ſi non ſortem, §. ſi centum. ff. de condict. indeb.* Aut læſio contigit in æſtimatione rei in ſolutum datæ creditori, & actio datur, *vt in l. ſi quis aliam. 46. ff. de ſolut. & in l. ſi res. §. 1. ff. de iure dotium. & l. ſi non ſortem. §. ſi centum. ff. de condict. indeb.* Aut alia ex cauſa deceptus eſt, & ſuccurrendum eſt ex legibus ſuperius allegatis in huius ſententiæ fundamento.

Illud nihil mouet quod habetur in l. ſi intra, ff. de pact. quoniam in ea ſpecie Creditor ſponte reſiduum crediti remiſit, nec vllum verbum fit de læſione vltra dimidiam.

Amplius eſt controuerſia, an locus ſit d. l. 2. ſi venditio facta ſit præcedente ſubhaſtatione, & locum non eſſe reſpondit Ang. *in l. 1. C. de præſcrip. 30. vel 40. annor. & in l. pretia rerum. ff. ad leg. Falc. Guido Papa ſing. 555. & deciſ. 22. in fin. Bald. in conſ. 513. Iudex lib. 5. Corn. in conſ. 56. lib. 3. & alij, quos citat Gabr. commun. concl. tit. de empt. & vend concl. 1. n. 61.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. 1. C. de prædijs Decur. ſine decreto non alienādis, lib. 10. in illis verbis: [*Denique nihil erit poſtmodum, &c.*]

Secundum eſt huiuſmodi. Res tanti valet, quanti vendi poteſt, *l. mortis cauſa. 18. §. vlt. ff. de donat. cauſa mort.* Ergo cum res publice præcedente ſubhaſtatione diſtrahitur, locus eſſe non poteſt reſciſſioni contractus, quia eo pretio vendita eſt, quo vendi potuit.

Tertium argumentum. Non licet emptori rei ex publica ſubhaſtatione à contractu recedere, ſub prætextu læſionis, *l. à Diuo Pio, §. ſi pignora. ff. de re iudic.* Igitur nec venditori, vt ſit æqualis vtriuſque conditio.

Sed contrarium docuerunt *Paul. Caſtr. in d. l. 2. & ibid. Cagn. nu. 161. Pincll. in 2. par. n. 25. Alex. in d. l. pretia rerum. & in conſ. 117. col. vlt. lib. 7. Crauet. in conſ. 29. num. 4.*

Et huic ſententiæ libentius accedo, tum, quia humanitatis ratio viget in omni venditione, ſuadetque, vt venditori grauiter læſo ſuccurratur. Tum, quia l. 2. generaliter loquitur & indiſtincte, & ipſa venditio facta præcedente ſubhaſtatione, reſciſſioni ſubiacet, dolo & fraude interueniente, *l. ſi quos, C. reſcind. vend.* quæ fraus videtur eſſe, vbi tanta læſio interceſſit.

Ad primum argumentum cōtrariæ ſententiæ reſpondeo, ex lege in argumento allata nihil aliud euinci, niſi venditorem allegare non poſſe, ſe metu coactum, aut inſidijs adductum vendidiſſe. Item, venditionem eo caſu factam præſumi rite, recte & iuſto pretio. Sed non inde ſequitur, quin contrarium probari poſſit, probataq; immo-

immodica læſione, præſumptio tollitur veritas attenditur, ac præfertur. Conſequenter venditori ſuccurritur.

Ad ſecundum reſpondeo, rem tanti valere, quanti vendi poteſt, ceſſante omni dolo & fraude. Sed hic dolus re ipſa ineſt, propter immoderatam læſionem. Quare illa bona præſumptio, etiam corruit, quæ pro ſubhaſtatione facit.

Ad tertium reſpondeo, text. allegatum loqui de creditore, cui pignora debitoris adiudicantur, ſeu inſolutum dantur. Is hoc auxilio deſtituitur, quia de reſiduo, quod ſibi debetur, pacto tranſegiſſe videtur: vt inquit, Iuriſconſultus *in d. §. ſi pignora.*

Tertia controuerſia eſt, vtrum in datione in ſolutum locum habeat l. 2. C. de reſcind. vendit. Et locum habere reſponderunt *Ioan. Andr. ad Spec. tit. de iudiciis, §. Sequitur, in addit. incip. Sequitur, in fin. Old. in conſ. 37. Imol. in c. cum cauſa, de empt. & vend. colum. vlt. Curt. iun. in conſ. 53. Iaſ. in conſ. 151. libr. 4. Mantua, in conſ. 70.*

Contrariam vero ſententiam habuerũt *Bald. in l. ordo, C. de execut. rei iud. Soc. reg. 226. limit. 4. Ruin. in conſ. 49. n. 11. lib. 4.*

Sed communis & vera ſententia eſt, diſtinguendum eſſe, inter dationem in ſolutum, extra iudicium factam à debitore creditori, & dationem in ſolutum iudicialem cum, ſcilicet, pignus creditori à iudice adiudicatur. In priore locus eſt l. 2. in poſteriori nequaquam. *Ita Alex. ad l. ſi quis cum aliter, n. 18. ff. de verb. obl. Fab. de Monte, de empt. & vend. q. 8. n. 9. Ant. Burg. in c. cum cauſa, nu. 45. de empt. & vend. Pinell. in d. l. 2. in 1. p. c. 4. num. 10.* quanquam ab his diſcedere videatur Cagn. *ibi, n. 163. poſt Claudium Aquenſ. quem citat.*

Probatur hæc ſententia, quod attinet ad dationem in ſolutum extra iudicium factam, quia talis in ſolutum datio, ſimilis eſſe dicitur venditioni, l. Si prædium, C. de euictionib. Si igitur in venditione locum habet, locum habebit etiam in hac datione in ſolutum.

Quantum vero attinet ad iudicialem, probatur hoc argumento, quia illa fit à Iudice, non à parte. Quare ſi ex ea læſio inferatur & damnum, remedium daturordinarium appellationis, *vt in l. ab executione, C. quorum appellat. non recip.*

Quod ſi creditor pignora accipere voluerit, & illis contentus eſſe, nec reclamare, de cætero veluti pacto tranſegiſſe videtur, *l. à Diuo Pio, §. ſi pignora. ff. de re iudicata.*

Nec obſtat ſi dicatur, non interueniſſe hoc in caſu iudicis ſententiam, ſed decretũ quoddam ex officio iudicis, quod excludere non videtur conſtitutionem d. l. 2. ſicuti dicebant Aquenſ. & Cagnol. quia illi argumentantur à decreto Iudicis interpoſito in actu voluntariæ iuriſdictionis, ad decretũ in contentioſa iuriſdictione interpoſitum, à quo appellari poſſe conſtat, ſi modus accedatur in exequendo, *vt in d. l. ab execut.* quę ratio non pertinet ad ea, quæ inter volentes à iudice decernuntur.

Quarta eſt controuerſia, vtrum eadem lex locum habeat, quoties contrahentium conſenſus eſt iteratus, atque, vt vocant, geminatus. Nam ceſſare hoc in caſu eius legis conſtitutionem, reſponderunt *Paulus Caſtr. in conſil. 386. colum. 2. lib. 2. Panorm. in conſ. 70. in 2. dub. libr. 1. Aegid. Bellamera, in conſ. 24. colum. 5. Decius in conſil. 216. Rubeus Alexand. 133. 139. & 167. Caſſanæus in conſuet. Burg. Rubr. 7. §. 12. numer. 37. verſ. Aduerte. Crauet. conſil. 151. numer. 31. & 32. Couarr. ad cap. quamuis, par. 3. §. vltim. verſ. octaua concluſio. Mantuan. lib. 1. locor. cap. 6.*

Fundamentum autem eſt in pronunciatis quibuſdam generalibus, quæ circumferuntur, magnam eſſe vim & efficaciam geminati conſenſus, multaque operari, vt proinde non ſit mirum, ſi & iſtud operetur. Pronunciata deducuntur ex l. Balliſta, ff. ad Trebell. ex Auth. ſiue à me, C. ad Velleianum, & apud Felinum *in c. ſi cautio, de fide inſtrument.* apud Euerardum *in Centuria legali, Loco à vi geminationis*, & alibi paſſim apud Doct.

Sed contraria ſententia videtur mihi lõge probabilior, *quam ſecuti ſunt Soc. ſen. in cõſ. 85. n. 5. lib. 1. Decius in conſ. 60. circa fin. Roman. in conſ. 53. Corn. in conſ. 11. & 140. lib. 3. Boer. q. 100. colum. 6. Caſſan. in conſ. 21. nu. 16. Fabia. de empt. & vend. q. 8. verſ. Tertio quæro, Cagn. ad d. l. 2. num. 71. & ibid. Pinell. in 2. par. c. 1. num. 36.*

Probatur hæc ſententia. Primo, quia l. 2. non diſtinguit, immo abſque dubio locum habet, etiam quando primo aliquis tradit, deinde ex interuallo tradit, quo caſu videtur eſſe duplex conſenſus in venditore.

Secundo probatur. Quia ſemper eadem ratio humanitatis & æquitatis viget, ſuadetque vt venditori ſuccurratur.

Tertio. Quoniam nihil aliud efficere poteſt conſenſus ſępe pręſtitus, niſi vt præſumatur maior deliberatio, maturiuſque conſilium. Quæ quidem præſumptio ceſſat ob inſignem læſionem, ex qua conſtat venditorem, deceptum fuiſſe: immo vero talis conſenſus multiplicatio obſtare non poteſt, licet dixerimus, eam habere vim renunciationis dictæ l. 2. Siquidem, vt ſuperius probauimus, generalis renunciatio non facit, quo minus competat actio ex d. l. 2.

Quæ reſponſio valet ad omnes regulas quæ adferuntur de vi & efficacia geminationis.

Sane adferri ſolet pro contraria ſententia Bartol. doctrina, *ad l. Iulianus. §. Si quis colludente, ff. de act. empt.* Sed nihil obſtat. Loquitur Bartol. de contractu celebrato cum Procuratore colludente, & ait agi poſſe, vt dominus approbet vel reprobet contractum, ſi approbetur, ceſſare docet in integrum reſtitutionem. Recte. Sed non ad rē noſtram, neq; enim nos verſamur in ea ſpecie, qua venditori grauiter decepto, illa detur optio, vt vel contractum approbet, vel propter læſionem reſcindat, ita, vt ſi approbauerit, adhuc contendamus locum eſſe reſciſſioni. De hac ſpecie noſtra non eſt diſputatio. Vnde Bartoli doctrina nihil obſtat, quæ in dubium reuocari etiam poteſt, ex traditis per Pinel. *ad l. 1. in 3. par. num. 36. C. de bonis matern.*

Capvt XXII.

Quatuor aliæ Controuerſiæ proponuntur in eadem materia.

NOn deſunt & aliæ controuerſiæ de eadem materia, quas ordine tractabimus. Et in primis illa occurrit, an poſt tempus locationis expletum, ſi conductor ſe grauiter, & vltra dimidiam læſum animaduertat, an ad inſtar eius beneficij, quod venditoribus eſt conceſſum, iuuari poſſit in eo, vt iuſtam tantum penſionem locatori præſtare cogatur, vel ſolutam repetere, quatenus iuſtam quantitatem excedit.

Decius *in conſ. 583. col. vlt.* reſpondit, conductori non eſſe ſuccurrendum, quoniam conſtitutio d. l. 2. ad eam ſpeciem adaptari non poteſt, in qua contractus eſt iam per ſe reſciſſus & finitus.

Contrarium docuit Pinel. *in d. l. 2. in parte 1. c. 3. poſt num.* 18. Et huic ſententiæ promptius accedo, exiſtimoq; pro conductore ſic læſo, ſummam æquitatem pugnare, vt adiuuetur ex ijs legibus, quibus paſſim cōtrahentibus grauiter deceptis ac læſis ſuccurritur, *l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, l. ſi quis cum aliter. ff. de verb. oblig.*

Huc accedat quod inter omnes conuenit, eam conſtitutionem d. l. 2. ad contractum locationis extendi, *vt per Alex. in conſil. 107. num. 20. lib. 3. Cagnol. in d. l. 2. nu. 58. & videtur facere text. in l. 1. §. ſed ſi emerit, in fin. ff. ſi quid in fraud. patr. ex quo idem colligit Robertus lib. 2. animad. cap.* 14.

Non obſtat illa ratio, quod verba d. l. in hac ſpecie non conueniant, neq; enim contendimus eius ſolius legis opem implorandam, ſed ex æquitatis ratione, qua illa lex nititur, & id genus aliæ, probamus ſubueniendum eſſe conductori, nec immoderatum lucrum locatoris tolerandum eſſe defendimus.

Sed maior eſt difficultas, vtrum in emphyteutico contractu, idem iuris ſtatuendum ſit, vt nempe domino, vel emphyteutæ vltra dimidiam læſis, ac deceptis ſuccurratur.

Triplex eſt Doctorum ſententia: Prima eſt, eam legem locum habere in contractu emphyteutico. *Authores ſunt Specul. tit. de locato. §. nunc aliqua. q. 90. Bart. ad d. l. 2. nu. 6. & ibi etiam Bald. Caſtr. num. 4. Salicet. nu. 8. Idem Bart. in Authent. Qui rem, in fin. C. de ſacroſanctis eccleſiis, & in conſ. 387. libro 2. Panorm. in c. cum cauſa,*

cauſa, numer. 8. de empt. & vend. Rom. in l. ſi quis cùm aliter, num. 19. ff. de verb. obl. Papienſis in forma libelli ad ſicti preſtationem, in fin. Petr. Rebuff. de reſciſ. contract. art. vnic. Gloſſ. 15. num. 112. Fab. de Monte, de empt. & vend. q. 8. num. 14. Pinell. ad d. l. 2. C. de reſcind. vend. part. 1. c. 3. poſt numer. 35. & ibidem Cremenſis, num. 38.

Fundamentum huius ſententiæ potiſſimum ſtat in eo, quòd ex communi Doctorum ſententia conſtitutio d. l. 2. porrigatur etiam ad contractum locationis, cui affinis eſt emphyteuticus contractus, vt in §. Adeò, Inſtit. de locat.

Secunda eſt ſententia, non eſſe locum dictæ l. 2. in contractu emphyteutico, *ita Spec. ſibi contrarius, tit. de feud. §. nunc videndum. Bal. ad Rubr. C. de iure emphyt. col. vlt. Iaſ. ad l. 1. num. 75. C. eod. tit.*

Huius ſententiæ fundamentum eſt, quia emphyteuta canonem preſtare tenetur domino, licèt res emphyteutica ex parte perierit, *vt in l. 1. C. de iure emphyt.* Quare dominus conqueri non debet, ob eam cauſam, quòd modica ſit penſio quæ præſtatur pro re in emphyteuſim data, cùm emphyteuta dicto ſubiaceat periculo, & ſic contractum ſub prætextu læſionis reſcindere non poteſt.

Tertia eſt opinio diſtinguentium in hunc modum, vt in hoc contractu emphyteutico locus ſit conſtitutioni d. l. 2. conſiderata æſtimatione rei in emphyteuſim datæ, non abſolutè, ſed reſpectu iuris emphyteutici: Neque enim dominium rei in emphyteutam transfertur, quare nec in lęſione cognoſcenda in æſtimationem venire debet, ſed duntaxat dominium, quod vocant vtile, *ita poſt Imol. & Butr. tradit Capolla, de ſimulat. contract. in 1. caſu. Sequitur Anton. Gabriel. commun. concluſ. tit. de empt. & vend. concluſ. 1. num. 77.*

Sed hæc ſententia eadem eſſe mihi videtur cum priore. Inter omnes enim conuenit ita rationem eſſe ineundam, cùm de læſione agitur in hoc contractu, vt non iuſta rei æſtimatio in quęſtionem deducatur, ſed duntaxat iuris emphyteutici ratio habenda ſit. Quare hęc ſententia non videtur eſſe diſtinguenda à priore.

Eſt igitur tertia ſententia verè diſtincta & differens ab alijs, Antonij Burgenſis, *in c. cùm cauſa, num. 13. & 14. de empt. & vend.* Aut emphyteuta præſtare tenetur domino rei penſionem magnam, fructibus percipiendis reſpondentem, & ferè æquiualentem, & tunc, quoniam ad inſtar conductoris eſſe videtur, beneficium habet dictæ l. 2. ſicuti cæteri conductores habent; Aut exigua quædam penſio præſtatur, vt plerumque fit in recognitionem dominij, & tunc quia res in emphyteuſin datur ſterilis plerumque, vt melior reddatur, de læſione tractari non debet, nec poteſt, nec ex parte domini, nec ex parte emphyteutæ. *Eandem ſententiam ſecutus eſt Cagnolus in dicta l. 2. num. 203. & ſequent.* quibuſdam alijs caſibus adiectis.

Ego in eam ſententiam ſum proclinior, vt aliquo pacto ſubueniendum ſit emphyteutæ, vel domino, ſi grauiter, & immoderatè in emphyteuſi danda, vel ſubeunda lęſi fuerint, ac decepti, ratione videlicet habita æſtimationis iuris emphyteutici.

Moueor ex legibus ſæpè allegatis, quibus cauetur ſuccurrendum eſſe contrahentibus grauiter læſis, ac deceptis, *l. ſi ſuperſtite, C. de dolo. l. maioribus. C. commun. vtriuſque iudicij, l. ſi quis cum aliter. ff. de verbor. obligat.*

Non obſtat argumentum contrarię ſententiæ, quoniam dum de læſione agimus, illud ſemper intelligimus, vt ratio habenda ſit contractus emphyteutici, & omnium circumſtantiarum eius. Quamobrem in lęſione ſtatuenda, omnis periculi, quod imminet emphyteutæ, ratio proculdubio habenda erit. Quæ reſponſio valet ad illud etiam argumentum, quo dicebatur, de læſione tractari non poſſe, quoties res ſterilis ad meliorandum emphyteutæ conceditur pro exigua quadam penſione præſtanda quodammodo in recognitionem dominij. Nam ſi ratione habita ſterilitatis, reliquarumque circumſtantiarum memoriarum læſio grauiſſima apparebit, adhuc contendam immodicè læſis ac deceptis eſſe ſuccurrendum.

Neque huic ſententiæ obſtat, ſi dicatur, argumentum ſæpè ſumi à feudo ad emphyteuſin;

teuſin; ex communi verò Doctorum ſententia conſtitutum eſſe, vt in contractu feudali nulla ſit læſionis huiuſmodi habenda ratio, *teſte Cagnolo in d. l. 2. num. 207. & Pinell. ibid. in 1. p. c. 4. numer. 2.* Quoniam feudum propriè non eſt contractus, ſed beneficium, meritò hæc læſionis diſputatio ab eo longè aliena eſſe debet, imò & in feudis contractus naturam induentibus, & propriam naturam non ſeruantibus, in quibus annus canon præſtari debet fructibus conueniens, receptum eſſe videtur, vt hic tractatus læſionis locum ſibi vindicet, *ſicuti copioſè explicant Cagnol. & Pinell. locis annotatis.*

Tertia eſt controuerſia, vtrum in permutatione beneficiorum Eccleſiaſticorum, locus ſit conſtitutioni d. l. 2. Et locum non eſſe dixerunt *Decius in conſ. 210. Prob. ad Ioan. Monachum in c. vltim. de renunciationibus, lib. 6. Anch. in c. cùm cauſa, numer. 12. de empt. & vend. Imol. ibid. numer. 24. Bald. ad d. l. 2. & Cremenſis ibid. Petrus Rebuff. de reſciß. contract. Gloſſ. 15. num. 10. Couuar. lib. 1. var. reſolut. c. 5. num. 3. & poſt num. 8. verſ. vltima ratio.*

Argumenta ſunt iſta. Primum in beneficijs Eccleſiaſticis, qui permutat, titulum habet à Pontifice, non autem ab eo, cum quo permutat, neque enim fieri poteſt Eccleſiaſticorum beneficiorum permutatio, ſine conſenſu Pontificis. Ergo in ea locum habere non poteſt conſtitutio dictæ leg. 2. quæ loquitur de contrahente, qui ab altero contrahente læditur ac decipitur.

Secundò. Conſtitutio dictæ leg. 2. & ſimilium de ijs rebus loquitur, quæ pretio æſtimantur, vt patet. Sed beneficia eccleſiaſtica, quæ diuinis vſibus inſeruire debent, pretio nummario æſtimanda non eſſe videntur, ergo ceſſat in illis conſtitutio d. l. 2.

Tertiò. Non poteſt is, qui lædit alterum permutando beneficium Eccleſiaſticum, id ſupplere, quod deeſt iuſto pretio, quia incurreret crimen Simoniæ, vt notum eſt. Ergo ad hunc caſum aptari non poteſt dicta conſtitutio.

Quartò, in huiuſmodi rebus ſpiritualibus ratio duntaxat habenda eſſe videtur, vtilitatis animarum, non autem commodi pecuniarij, vt meritò reſponderint Rotæ Romanę Auditores, *deciſ. 129. in antiq.* beneficiorum permutationem non vitari, eam ob cauſam, quòd vnum ſit maioris æſtimationis altero. Conſequenter omnis iſthæc diſputatio, quæ in æſtimatione & commodo pecuniario verſatur, ab hac ſpecie procul remouenda eſſe videtur.

Cõtrarium opinionem ſecuti ſunt Cald. *in conſil. 4. tit. de rer. permut.* Ant. Burgos, *in c. cum cauſa, numer. 60. de empt. & vend.* Pinell. *in d. l. 2. in 1. part. c. 3. num. 16.*

Iſtorum argumenta ſunt iſta. Primum ex c. cùm vniuerſorum, de rerum permut. in illis verbis: [*Cùm igitur deceptis, & non decipientibus iura ſubueniant, &c.*] & rurſus ibi: [*Mandamus, quatenus ſi conſtiterit prætaxatum G. taliter fuiſſe deceptum, amoto à præbenda ſua conſanguineo ipſius, &c.*]

Secundum argumentũ eſt ex c. ad quæſt. eod. tit. vbi S. Pontifex conſentit, vt in permutat. rer. eccleſiaſticarum aliquid pecuniæ ex vna parte ſoluatur, quò magis contractus ad æqualitatem perducatur. Ex quo ſumi poteſt argumentum, idem iuris eſſe concedendum, ſi ex permutatione grauis aliqua læſio emerſerit.

Tertium argumentum eſt ex eo, quòd in permutatione beneficiorum Eccleſiaſticorum, ius temporale ſeparari poteſt à iure ſpirituali, quatenus ſcilicet bona ipſa, & eorum fructus æſtimantur. Quare cùm in alijs rebus temporalibus contractus ex quibus inſigniter quis læditur, vel retractentur, vel ad æqualitatem reducantur, nihil proponi poſſe videtur; cur & in hac ſpecie idem omnino ſtatuendum non ſit.

Tertia eſt ſententia Hieronymi Cagnoli *in d. l. 2. poſt num. 57.* diſtinguentis in hunc modum: Quandoque permutatio beneficiorum fit, nulla mentione facta redituum ipſorum beneficiorum, & tunc læſus contractum reſcindere non poteſt. Quandoque redituum fit mentio, ſed falſa, & tunc aditus reſciſſioni patet. Quandoque prætextu læſionis contractus reſciſſio poſtulatur ab Eccleſia damnum paſſa, & reſciſſioni lo-

ni locus eſt. Quandoque læſio ex eo contingit, quòd alter ex contrahentibus nullum ius habuit in beneficio permutato, & tunc permutatio retractatur, vt in c. cùm vniuerſorum, de rer. permut.

Ego hac in re tres pono aſſertiones, ſeu concluſiones. Prima eſt, ſi quæratur an in huiuſmodi ſpecie locus ſit conſtitutioni d. l. 2. ita videlicet, vt propter læſionem vltra dimidiam contractus reſcindi poſſit, aut iuſtum pretium ſuppleri debeat. Reſpondendum eſt, locum non eſſe, quia pretium iuſtum ſuppleri non poteſt abſque vitio ſimoniæ, quæ committitur, quoties pecunia datur pro rebus Eccleſiaſticis & ſpiritualibus, *cap. cùm eſſent, c. querelam, c. ex diligenti, de Simonia, c. conſtitutus, de Tranſactionibus, cum alijs vulgaribus.* Et probat optimè Couuarr. *lib. 1. variar. reſolut. c. 5. poſt num. 8. verſic. vlt. ratio.* vbi etiam optimè reſpondet ad textum in c. ad quæſtiones, de rerum permutat. dicens, eam deciſionem tractare de permutatione Eccleſiarum, quò ad earum bona temporalia, non quò ad titulum, iura ve ſpiritualia, vt patet ibi: [*Et in permutatione poſſeſſionum, &c.*] Quo fit, vt ſi de permutatione ageretur poſſeſſionum Eccleſiaſticarum, ſimpliciter locus eſſe poſſet ſupplemento iuſti pretij, & conſequenter reſciſſioni contractus, ex d. l. 2.

Secunda concluſio: Si in permutatione dolus vel fraus intercedat, exempli gratia, ſi quantitas redituum expreſſa fuerit falsò & dolosè, locus erit contractus reſciſſioni ac retractationi. Probatur hæc ſententia argumento ſumpto ex d. c. cùm vniuerſorum, de rer. permut.

Tertia concluſio: Si in eiuſmodi permutatione Eccleſiaſticorum beneficiorum, dolus re ipſa fuerit adhibitus, quia ſcilicet, alter contrahentium inſigniter ſit læſus ac deceptus, iudicis Eccleſiaſtici officio incumbet proſpicere, vt damnum paſſo ſuccurratur; cùm inter omnes conueniat, eiuſmodi contractus Eccleſiaſticarum rerum bona fide exuberare oportere, *cap. per tuas, de donationibus.* & deceptis ſubueniendum eſſe doceat ſummus Pontifex, *in d. cap. cùm vniuerſorum.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, non eſſe bonam conſequentiam; Permutatio fieri non poteſt abſque ſummi Pontificis authoritate. Ergo permutanti decepto ſubueniendum non eſt. Hanc conſequentiam deſtruxit textus in cap. cùm vniuerſorum, de rerum permutatione.

Quod attinet ad ſecundum argumentum, fateor res ſpirituales pretio nummario æſtimandas non eſſe, ſed hic agimus de rebus Eccleſiaſticis, quatenus temporales reditus ex eis percipiuntur, qui proculdubio pecunia æſtimantur, quod quidem ius temporale facilè ſeparari poteſt à iure ſpirituali, *ſicuti dicebant Ant. Burg. & Pinellus locis annotatis.*

Ad tertium, concedo totum argumentum, quia nos quoque dicimus ad hanc ſpeciem non pertinere conſtitutionem d. l. 2. Sed contendimus alijs Iuris remedijs ſuccurrendum eſſe decepto.

Vltimum argumentum nihil obſtat, quia, vt iam dictum eſt in propoſita quæſtione, ſpectamus bona & iura temporalia, non autem ſpiritualem profectum animarum.

Quartò, controuertitur. Vtrum conſtitutio d. l. 2. porrigenda ſit ad omnes contractus ſtricti iuris. Nam ad contractus bonæ fidei propter eandem æquitatis rationem porrigendam eſſe inter omnes conuenit, *ſicuti declarat Pinell. ibi, in 1. p. cap. 3. in princ. Vide l. Maiorib. C. commun. vtriuſque iud. & Cuiac. lib. 13. obſeruat. 24.*

Sunt igitur qui exiſtiment, eam legem porrigendam non eſſe ad contractus ſtricti iuris, *ita Iaſ. poſt alios quos adducit ad l. ſi quis cùm aliter, numer. 18. ff. de verbor. obligat. & ante eum Caſtr. in conſil. 386. colum. 2. lib. 2.*

Alij dixerunt locum eſſe in contractibus ſtricti Iuris condictioni indebiti, ad repetendum id quod datum eſt; Vel ſi læſus ac deceptus conueniatur, locum eſſe exceptioni ex conſtitutione d. l. ſi quis cùm aliter. *Ita Alexand. ibi, nec non Bartol. Bald. Caſtrenſ. & Salicet. in d. l. 2. C. de reſcind. vendit. Anton. Burgos in c. cùm cauſa, numer. 15. de empt. & vendit.*

Alij deceptum agere poſſe dicunt ad pretij iuſti ſupplementum, non autem ad contractus reſciſſionem. *Ita Cagnolus in d. l. 2. numer. 67.*

Alij competere læſo beneficium d. l. 2. reſponderunt, *ita Pinell. in d. l. 2. in 1. part. c. 3. num. 7. 8. & 9.*

Ego & probabiliorem & communiorem eorum ſententiam eſſe iudico, qui in contractibus ſtricti iuris exceptionem vltra dimidiam deceptis, vel indebiti conditionem concedendam eſſe affirmarunt, nam quod attinet ad exceptionem, illam eſſe damnum paſſo tribuendam, probat euidenter text. *in d. l. ſi quis cùm aliter.*

Quòd verò danda ſit etiam indebiti condictio, probatur hoc argumento: Qui exceptione perpetua tutus ſoluit per errorem, ſolutum condicere, ac repetere poteſt, *l. Qui exceptionem, ff. de condict. indeb.* Sed hic deceptus tutus erat exceptione, & per errorem ſoluit, ergo indebiti condictionem habet.

Illa minor propoſitio probatur: Nam quòd exceptione perpetua tutus eſſet, tam grauiter læſus ac deceptus, probatur ex d. l. Si quis cùm aliter. Quòd verò per errorem ſoluerit, iuris præſumptione probatur. Etenim error potiùs præſumendus eſt, quàm donatio, *l. cùm de indebito, ff. de probationibus.* præſertim, vbi tanta læſio intercedit, *ſicut notatur in l. Quiſquis, C. de reſcind. vendit.*

Reſpondit Pinell. non benè ad hanc rem applicari l. Qui exceptionem, ff. de condic. indebit. quia illa lex loquitur, quoties exceptio competit ab initio contractus. In ſpecie autem noſtra, hæc exceptio non competit ab initio contractus, quia contractus nullum euidens vitium continet, & læſio probanda eſt per multa extrinſeca media.

Non obſtat hæc reſponſio, quoniam & in quæſtione propoſita exceptio competit ab initio contractus, propter læſionem & dolum, re ipſa adhibitum, *vt patet ex d. l. ſi quis cùm aliter.*

Nec obſtat, quòd contractus ſuam habet formam, & nullum patens vitium, quia ſufficit in ipſo contractu læſionem interceſſiſſe, eamque poſtea probari. Neque enim probatio facit, vt læſio interceſſerit, ſed, vt detegatur eam in ipſo contractu interceſſiſſe. Nec verò neceſſe eſt, vt manifeſta ſit exceptio ex vitio manifeſto exorta, vt locus ſit conſtitutioni d. l. qui exceptionem.

Porrò, non obſtat argumentum Pinelli ad probandum in propoſita quæſt. locum habere conſtitutionem d. l. 2. ſumitur enim ex l. in omnibus negotijs, ff. de act. & oblig. Nihil enim aliud vult illa lex, niſi in omnibus negotijs contrahendis, ſiue bonæ fidei ſint, ſiue non, errorem interuenientem efficere, vt nihil valeat quod actum eſt, cum ſcilicet, alter ex contrahentibus vnum ſentit, alter verò aliud diuerſum. At nos minimè verſamur in hac ſpecie. Agimus enim de contractibus mutuo conſenſu celebratis, in quibus nullus error circa rem vel materiam intercedit, ſed dolus duntaxat re ipſa, læſio, ac deceptio.

CAPVT XXIII.

Reſciſſa venditione ex remedio l. 2. C. de reſcind. vendit. an reſoluatur hypotheca medio tempore contracta.

CELEBRIS eſt controuerſia inter Bart. & Bald. vtrum hypotheca reſoluatur venditione reſoluta, ex conſtitutione l. 2. C. de reſcind. vendit. Bart. enim non ſolui exiſtimauit *in l. ſi res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluatur, & in l. 4. §. ſed Marcellus. ff. de in diem addictione, & in l. in diem. ff. de aqua pluuia arcend.* Sed contrarium docuit Bald. *in d. l. 2. num. 17.*

A Bartoli ſententia ſunt *Ioan. Andr. in additione ad Specul. Rubr. de oblig. & ſolut. colum. 2. verſic. Propoſito congruit. Albert. in d. l. 2. colum. 4. Anchar. in c. acceſſorium, colum. 10. verſ. Prædictis applico, quæſtionem, de reg. iur. lib. 6. Alexand. in conſ. 45. colum. 2. verſ. Ad quod pluribus, lib. 5. Cumanus, in d. l. in diem. ff. de aqua plu. arcen. Rom. ibid. Fulg. in l. ſi res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluatur. Boërius deciſ. 181. num. 10. Coraſius ad l. 3. ff. de ſeruitutibus.*

Argu-

Argumenta vero ſunt iſta. Quoties contractus reſoluitur non neceſſitate quadam, ſed voluntate emptionis, hypotheca conſtituta non reſoluitur, *l. ſi res. ff. quib. modis pignor. & hypothec. ſoluantur, l. bouẽ. §. pignus. ff. de adilit. edicto.* Sed hoc in caſu emptoris volũtate reſoluitur. Ergo, &c. Probatur minor: quia emptor poteſt rem retinere venditori ſoluendo id, quod iuſto pretio deeſt.

Secundo. Ius hypothecæ, quod creditori competit in re vendita, fortius eſſe videtur, ac potentius iure perſonali, quod videlicet venditor habet in perſonam emptoris, vt condictione ex d. l. 2. eum compellere poſſit ad rem reſtituendam. Nam plus cautionis eſt in re, quam in perſona, l. plus cautionis, de reg. iur. Ergo non ſi reſcindatur contractus, & res venditori reſtituatur, iccirco hypotheca reſoluitur.

Huc accedat, quod venditor poteſt rem diſtrahere, & contra tertium poſſeſſorem actio non competit ex d. l. 2. Ergo idem iuris eſſe videtur, vbi emptor alteri rem obligauerit.

A ſententia vero Baldi ſunt *Salicet. in d. l. 2. q. 15. Caſtrenſ. ibid. num. 11. Alexand. ad Bart. in d. l. ſi res, Cremenſis in d. l. 2. n. 189. Cagnol. ibi. num. 120. & in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. num. 199. Alciat. in l. debitori, nume. 1. C. de pact. Neguzant. de pign. 1. membro, 5. par. nu. 43. Pariſien. in conſue. Pariſien. §. 22. nu. 45. Tiraq. de retractu conuent. §. 3. gloſ. 1. nume. 12. & ad l. ſi vnquam, in verbo, reuertatur, n. 271. C. de reuocan. donat. Socin. iun. in conſil. 119. nu. 16. lib. 2. Pinell. in d. l. 2. par. 2. num. 13.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. lex vectigali. ff. de pignor. in illis verbis: [*Reſpondit, ſi (vt proponeretur) vectigali non ſoluto, iure ſuo dominus vſus eſſet, etiam pignoris ius euanuiſſe.*]

Reſpondet Bart. in ea ſpecie voluntatem non interceſſiſſe poſſeſſoris fundi, quia vectigali non ſoluit, ſcilicet, ad id ordinata, vt fundus ad dominum rediret, propterea contractu reſoluto, pignus etiã euaneſcit. At in caſu noſtro, venditio reſoluitur ex voluntate emptoris ad ipsũ ordinata, qu'a poteſt ſoluendo id, quod deeſt iuſto pretio, rem retinere.

Hæc reſponſio mihi non probatur, quia emptor non videtur ſponte id facere, fundum enim venditori reſtituit, atque adeo contractum reſcindi permittit inuitus, ne cogatur ſupplere iuſtum pretium.

Secundum argumentum. Reſoluto cõtractu ex pacto addictionis in diem, hypotheca reſoluitur, *l. 4. § ſed Marcellus. ff. de in diem addictione, l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluatur.* Ergo idem ſtatuendum eſt venditione reſoluta ex d. l. 2. Sicut enim emptor poteſt impedire reſciſſionem, ſupplendo id, quod deeſt iuſto pretio, ita & emptor impedire poteſt, ne reſoluatur contractus, ſi offerat venditori eam meliorem conditionem, quæ ab alio offertur, *l. licet, & l. neceſſe. ff. de in diem addictio.*

Tertium argumentum eſt. Reſoluto cõtractu ex neceſſitate iuris, hypotheca reſoluitur, *l. ſi res. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. ſoluitur, l. 4. §. ſed Marcellus. ff. de in diem addict.* Sed hic reſoluitur ex iuris neceſſitate, quia emptor tenetur aut rem reſtituere venditori, aut iuſtum pretium ſupplere, & cum alterutrum quis facere tenetur, dicitur coactus id facere, *l. Illud, §. 1. ff. de conſtituta pecunia, l. qua ſub conditione. §. ſub conditione. ff. de conditionibus inſtitutionum. ibi. Ne alia eum vrgeat, &c. Tiraq. de retractu conſang. §. 32. n. 67.* Ergo hypotheca reſolui videtur.

Atque huic ſententiæ ipſe quoque aſſentior. Ad primum argumentum Bartol. reſpondeo negando contractum reſolui emptoris voluntate, reſoluitur enim potius ex iuris neceſſitate, vt dictum eſt. Aut certè non reſoluitur ex mera emptoris voluntate, ſicuti requiritur, ad hoc, vt hypotheca euaneſcat, *vt in d. l. ſi res. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. ibi. Quanquam vbi res ſic diſtracta, niſi emptori diſplicuiſſet, &c.*

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, dato quod regulariter ius in rem ſit potentius, quam in perſonam, non tamen eo caſu potentius eſt cum ipſum ius reale reſolutioni obnoxiũ eſt, vt in præſenti ſpecie, quia reſoluto iure datoris, reſoluitur ius acceptoris, *vt in d. l. Lex vectigali.* Adde quod in præſenti caſu ius venditoris læſi videtur eſſe potentius, quam ius creditoris, eſt

enim antiquius iure creditoris, & legis auxilio munitum eſt.

Quod vero poſtremo adijciebatur, ſi emptor rem diſtraheret, agi non poſſe cōtra tertium poſſeſſorem, ad hanc ſpeciem noſtram minime pertinet, in qua non de alienatione agitur, ſed de hypotheca.

CAPVT XXIV.

Vtrum venditione reſciſſa ex remedio d.l.2. res venditori reſtituenda ſit ſimul cum fructibus ab emptore perceptis.

CONtrouerſia eſt difficilis, vtrum venditione reſciſſa ex remedio l. 2. C. de reſc. vend. res venditori reſtituenda ſit, ſimul cum fructibus ab emptore perceptis.

Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Altera affirmat, altera negat. Affirmant *Roffredus de libellis, in 4. parte, in Rubr. de action. Quanti minoris, n. 20. Alber. ad d.l.2. n.16. Salic. ibid. n.5. Bald. nu. 3. Afflict. in c.1. nu. 150. de feudo dato in vicem legis commiſſoriæ. Emanuel Coſta, ad l. Gallus. § Et quid ſi tantum, n. 72. ff. de liberis & poſthumis.* Aug. Berous, *c. cum dilecti. in fine, & in c. Ad noſtram, nu. 25. de empt. & vend.* qui tamen declarat, ita eſſe intelligendum, vt fructus reſtituantur, ratione habita eius, quod iuſto pretio deeſt. Quod ſi malit iuſtum pretium emptor ſoluere, eum teneri dicit ad vſuras, reſpectu eius pretij, quod ſuppletur.

Hanc eandem ſententiam amplexi ſunt Io. Lupus, & Anton. Gomeſ. *in locis à Pinello citatis, in d.l.2. n. in 2. par. cap. 4. n. 1. & 2. nec non Couar. lib. 2. variar. reſol. c. 3. n. 9.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. 1. C. ſi maior factus alienationem ratam habuerit, in illis verbis: *In arbitrio eius ponere, an velit poſſeſſionem cum fructib. reſtituere, &c.*]

Secundum argumētum eſt ex l. cum autem. §. cum redhiberetur, & ex l. Quod ſi nolit, in fine, ff. de ædilitio edicto. Vbi reſciſſa venditione per actionem redhibitoriam, fit reſtitutio rei vna cum fructibus.

Tertium argumentum eſt ex l. Quod dictum, & ex l. Imperator. ff. de in diem addict. vbi ſimiliter venditione reſciſſa, ex pacto addictionis in diem res reſtituitur vna cum fructibus. Idem eſt vbi venditio reſoluitur ex pacto legis commiſſoriæ, *l. 5. ff. de lege commiſſoria.*

Quartum argumentum eſt ex l. Videamus. ff. de vſur. Quo in loco probatur, reſtitutionem rei, quæ ex iuſtitia fit, vna cum fructibus eſſe faciendam.

Quintum argumentum eſt ex l. Filio. §. 1. in fine. ff. de inoff. teſtam. vbi reſciſſa inſtitutione hæredis per querelam inoff. teſtam. bona reſtituuntur vna cum fructib.

Sextum & poſtremum eſt, ex l. Quod ſi minor, 25. §. Reſtitutio, & ex l. Patri, 28. §. Item ex diuerſo. ff. de minor. vbi patet, reſtitutione facta minoris aduerſus contractum, fructus quoque reſtitui.

Cæterum, negantem ſententiam amplexi ſunt *Cremen. in d.l.2. Cagnol. ibid. numer. 40. Pinell. in 2. par. c. 4. n. 1. & 2. Fabian. à Monte, de empt. & vend. q. 8. nu. 24. Anton. Gomeſ. variar. reſol. tit. de contract. c. 2. n. 24. & c. 4. n. 21. Anto. Butr. & Imola, in cap. Ad noſtram, de empt. & vend. & ibid. Anton. Burgen. num. 36. Capolla, de ſimulatione contract. §. 2. Ancharan. in c. Peccati venia, q. 10. reg. iur. in lib. 6. Syluester Prierius, in verbo, Vſura, 2. quæſt. 15. Mantua. lib. Locor. cap. 6. ad finem.* Atque huic ſententiæ & ipſe adhæreo.

Probatur primo ex eo: quod in ipſa conſtitutione d.l.2. Mandat Imperator reſciſſa venditione rem reſtitui, de fructibus autem reſtituendis nullam facit mentionem.

Secundo, quia emptor habet bonam fidem, & iuſtum titulum, *vt declarant Rota Romana Auditores, deciſ. 116. in nouis*. Ergo fructus lucratur, *l. Bonæ fidei. ff. de acq. rer. domin.*

Tertio, quia emptor non eſt in mora reſtituendi rem vēditam emptori, antequam is petat contractum reſcindi, cur ergo teneatur ad fructuum reſtitutionem? Facit, quod habetur in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi emptor ad fructus nō condemnatur, niſi ex eo tēpore, quo in mora eſt, rem venditam reſtituendi.

Quarto, quia iniquum eſſe videtur, vt quis habeat pretium & fructus rei vendi-

tæ,

tæ, *iuxta notata in l. Curabit*, *C. de actio. empt.* Quare cum venditor pretiũ acceperit, non habet etiam fructus conſequi, & ſibi imputare debet, quod non ſtatim petierit contractum reſcindi.

Poſtremo probatur ex c. Ad noſtram, de rebus Eccleſiæ non alienandis, in illis verbis: [*Cum tibi fructus percepti ſufficere debent pro labore, &c.*]

Ad primum argumentũ contrariæ ſententiæ reſpondeo, legem allegatam loqui de minore 25. annis, læſo ex venditione ſine decreto facta, & inconſulto ratificata, de qua ſpecie noſtra quæſtio non eſt, ſed de minore 25. annis læſo.

Ad ſecundum reſpondeo, per actionem redhibitoriam omnia in priſtinum ſtatum reuerti, & iccirco fructus quoque ab emptore reſtituendos. Merito, nam ipſe cauſa eſt, vt contractus reſoluatur.

Ad tertium de pacto addictionis in diẽ, reſpondeo, locũ eſſe reſtitutioni fructuum, cum vẽditio eſt cõditionalis ſicuti loquuntur leges in argumento allegatæ, ſecus ſi pura ſit venditio, ſub conditione tamen reſoluenda, *vt in l. 2. & 3. ff. de in diem addict.*

Quod vero dicebatur idem eſſe in venditione reſoluta ex pacto legis commiſſoriæ, ea ratione nititur, quia venditio reſoluitur facto, & culpa emptoris, pretium tẽpore conſtituto non ſoluentis, merito is ad fructus reſtituendos compellitur.

Ad quartum reſpondeo, argumentum procedere, quando lex vtitur verbo reſtitutionis. Illud enim habet pleniſſimam ſignificationem, ſed in propoſita quæſtione lex non vtitur reſtitutionis verbo.

Ad quintum reſpondeo, in querela inofficioſi teſtamenti fructuum reſtitutionem eſſe faciendam, quia hæreditas ex die mortis teſtatoris ad actorem pertinuiſſe intelligitur, *l. cum qui, §. vlt. ff. de inoff. teſtam.* Quæ ratio ceſſat in propoſita quæſtione. Ad poſtremum reſpondeo, argumentum loqui de reſtitutione minorum, de qua noſtra non eſt diſputatio.

CAPVT XXV.

Vtrum venditio reſcindatur Medico ab infirmo facta, ſi læſio interuenerit, ſed non vltra dimidiam. Et nunquid in foro Eccleſiaſtico venditori læſo citra dimidiam, actio detur.

COmmunis eſt & vera ſententia, venditionem ab infirmo Medico factam reſcindi poſſe, licet vltra dimidiam læſio non interuenerit. *Ita docet Panormita. c. quia plerique, numer. 34. de immunit. Eccleſ. Anto. Burgos, in c. Cum cauſa, nume. 52. de empt. & vendit. Rebuff. de reſciſſ. contract. art. vnico, gloſſ. 15. n. 44. Pinell. alios citans in l. 2. C. de reſcind. vend. in 2. par. nu. 3.*

Probatur hæc ſententia primo ex l. Medicus. ff. de varijs, & extraordinarijs cognitionibus, vbi dicitur: [*Medicus, cui curandos ſuos oculos, qui eis laborabat, commiſerat, periculũ amittendorum eorum per aduerſa medicamina inferendo, compulit, vt ei poſſeſſiones ſuas contra bonam fidem æger venderet, in ciuile factum Præſes prouinciæ coerceat, remque reſtitui iubeat.*]

Secundo ex l. Archiatri, C. de profeſſoribus, & Medicis, l. 10. in illis verbis: [*Quos etiam patimur accipere, Quæ ſani offerunt, non qua periclitantes pro ſalute promittunt.*]

Tertio, ex l. Quiſquis. C. de poſtulando. Sicut enim ea lege proſpectum eſt, ne durante lite inter aduocatum & Clientem, huiuſmodi promiſſiones, & conuentiones fiant, ita & inter Medicum & Ægrotum ſtatuendum eſſe videtur, ne propter vitæ periculum, facile ægrotus contrahat, & decipiatur.

Cæterum, hanc rem aliter acceperunt Regij Neapolitani Conſilij Adſeſſores, *vt conſtat ex Afflicto deciſ. 123. & Cagnolo, in dicta l. 2. num. 191.* Exiſtimarunt enim eo caſu contractum eſſe reſcindendum, in quo omnia concurrunt, quæ commemorantur in ſpecie d. l. Medicus, & tunc demum promiſſiones non valere Medico factas ab infirmo, cum ex publico ærario ſtipendium habet.

Ego

Ego vero, ſi grauis ſit infirmitas, & periculum mortis immineat: communem ſententiam amplecti non vererer, tametſi circumſtantiæ ſupradictæ non concurrerent, præſertim, ſi læſio eſſet magna, ſatis enim apparere videtur, ex magna læſione concurrente periculo mortis, iniuſtitia ipſius contractus; timoreque mortis, & impreſſione quadam potius, quam libera voluntate infirmum contraxiſſe & promiſiſſe, multumque præterea mouet ea Conſtitutio, quæ de Aduocato, & Cliente loquitur.

Eſt etiam controuerſia, Vtrum in foro Eccleſiaſtico aliquod ſit proditum auxilium, quo læſus venditor citra dimidiam, ſuæ proſpicere valeat indemnitati. Petr. Anchar. *in Reg. peccatum, de reg. iur. lib. 6.* cenſuit actionem dari, vbi ex neceſſitate quadam res vendita eſt. *Idem docuit Iaſ. in §. Sed iſte, n. 107. in inſt. de act. Petr. Gerard. Sing. 22. Calcaneus, in conſ. 27. n. 28. & nouiſſime Martinus Nauarrus in cõment. ad c. Nouit, de Iudiciis, in 6. notab.* Sed hanc ſententiam impugnat Pinel. *ad d. l. 2. in 2. part. c. 2. n. 36.* licet in foro conſcientiæ illam recipiat.

Ego vero priori ſententiæ facile ſubſcribo, quæ probatur hoc argumento. Iudex Eccleſiaſticus, de quocunque peccato mortali, cuiuſcumque etiam laici cognoſcere poteſt, eo fine, vt cogat peccantem per cenſuras Eccleſiaſticas ad pœnitentiam, *c. Nouit, de iudiciis.* Sed emptor venditorem lædens grauiter, licet non vltra dimidiam, mortaliter peccat, ex communi ſententia Theologorum, *ſicuti deducit optime Nauarrus loco annotato.* Ergo compelli poteſt à Iudice Eccleſiaſtico ad pœnitentiam. Et conſequenter, ad reſtitutionem rei, vel ad ſolutionem iuſti pretij.

Nec difficile eſt ad argumentum Pinelli reſpondere. Is enim vtitur hoc argumento, quod nuſquam iure Canonico ſancitum ſit, aut Ciuili, vt actio detur læſo venditori, licet neceſſitate vrgente vendiderit, niſi vltra dimidiam læſio interuenerit, *vt patet ex l. Non idcirco. C. de reſcind. vend. & ex c. Ad noſtram, de rebus Eccleſiæ non alien in.* Quem locum ſubtiliter inducit ad hanc ſententiam confirmandum, *in dictis commentariis ad l. 2. par. 2. c. 4. n. 27.*

Reſpondeo, nullam actionem ordinariam eſſe conſtitutam. Cæterum, per viam denunciationis Euangelicæ, vt dicitur, recte probatur, ſuccurrendum eſſe venditori læſo. Cui argumento reſponſum nullum attulit Pinellus.

Capvt XXVI.

Vtrum tranſactio reſcindi poßit ob læſionem vltra dimidiam.

NOn eſt omittenda celebris cõtrouerſia, quæ ab hoc tractu non eſt aliena, vtrum tranſactio reſcindi poſſit propter læſionẽ vltra dimidiam. Et quidem reſcindi non poſſe dixerunt. *glo. Io. Andr. Anch. & Barbatia, necnon Innocent. in c. Cum cauſa, de emptio. & vend. gl. in l. Lucius. §. vlt. ff. ad Treb. Spec. tit. de empt. & vend. §. Nunc dicendum, verſ. Quid de tranſact. Cyn. Salic. & Bald. ad l. 2. C. de reſ. vend. Iaſ. Alex. & Aret. ad l. ſi quis cum aliter. ff. de verb. oblig. Guido Papa, Sing. 376. Cur. ſent. conſ. 65. Panor. in conſ. 12. lib. 2. Barbat. in conſ. 41. lib. 1. Corneus in cõſ. 11. li. 3. Alex. in cõſ. 42. li. 3. & 118. lib. 7. Ruin. conſ. 132. nu. 3. lib. 1. Dec. in conſ. 216. n. 4. Gomeſ. ad Regulas Cancellariæ, de annali poſſeſſore, q. 2. Grammaticus deciſ. 66. n. 47. Pariſ. in conſ. 96. nu. 61. lib. 1. Berous in conſ. 176. num. 25. lib. 1. Zaſ. in conſ. 18. lib. 1. Socin. iun. in conſ. 32. li. 1. & in conſ. 32. lib. 3. Alciat. in conſ. 124. nu. 3. & 89. nu. 4. Crauet. conſ. 151. num. 26. Afflict. deciſ. 220. Alba in conſ. 11. Roland. in conſ. 28. n. 25. lib. 4. Io. Mauritius de reſt. in integ. c. 210. Cotta in Memor. in verbo, Venditor, Andr. Gail. lib. 2. obſ. 70. Menoch. in conſ. 401. n. 157. li. 5. Plot. in conſ. 32. Tiraq. de retract. §. 24. gl. 9. nu. 107. Accedit vſus Galliæ, & edictum Caroli IX. latum an. 1562. teſte Papon. 2. notar. 9. c. de exceptio.*

Argumenta ſunt iſthæc. Primũ ex l. Lucius. §. vlt. ff. ad Trebell. ibi: [*Poſtea repertis inſtrumentis apparuit, quadruplo amplius in hæreditate fuiſſe. Quæſitum eſt, an in reliquum fideicõmiſſi nomine conueniri poßit. Reſpondi ſecundum ea quæ proponerentur, ſi nõ tranſactum eſſet, poſſe.*]

Secundum eſt ex l. Sub prætextu inſtrumenti, C. de Tranſactionib. vbi dicitur, Tranſactionem reſcindi nõ poſſe ſub prætextu inſtrumenti de nouo reperti. Et tamen

men euenire poteſt, vt ex inſtrumento nouiter reperto appareat tranſigentis læſio vltra dimidiam.

Tertium eſt ex l. A Diuo Pio, §. Si pignora. ff. de re iudicata, ibi: [*Reſcriptum eſt non poſſe ampliùs, quòd ſibi debetur petere, quia velut pacto tranſegiſſe de cæterò videtur, quia contentus fuit pignora poßidere.*]

Quartum eſt ex l. In ſumma, ff. de condict. indeb. in illis verbis: [*Et quidem, quod tranſactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit, non repetitur. Nam ſi lis fuerit, hoc ipſum, quod à lite receditur cauſa videtur eſſe.*]

Quintum argumentum. Tranſactio, & iuramentum æquiparantur. Nam Iuſiurandum eſt ſpecies Tranſactionis, *l. 2. ff. de iureiur.* Sed cauſa per Iuſiurandum finita, retractari non poteſt ob quamcunque læſionem, *l. non erit. §. Dato, l. nam poſtea. §. 1. ff. eod. tit.* Ergo idem eſt de cauſſa Tranſactione finita ſtatuendum.

Sextum eſt ex l. Quod ſi deferente, ff. de dolo, ibi: [*Per Iuſiurandum enim Tranſactum videtur.*]

Septimum ex l. 1. C. de plus petitionibus, in illis verbis: [*Tranſactionibus ſcilicet, & ſecundis confeßionibus, etiam in hac ſpecie ſuam obtinentibus firmitatem.*]

Octauum argumentum. Quoties res eſt dubia, & incerta, læſio allegari non poteſt, *l. de fideicommiſſo. C. de tranſactionibus, l. ſi ea lege, C. de vſuris.* Sed euentus litis dubius eſſe dicitur, & incertus, *l. quod debetur. ff. de peculio.* Ergo ex Tranſactione per quam à lite receditur læſio allegari non poteſt.

Poſtremum argumentum. Tranſactio, & res iudicata æquiparantur, *l. non minorem, C. de tranſact.* Sed res iudicata non reſcinditur ex quacunque læſione, ſi contra ius litigatoris lata ſit, non autem contra ius conſtitutionis, *l. 2. C. Quando prouocare non eſt neceſſe.* Ergo nec Tranſact.

Sed contrariam ſententiam habuerunt *Bartol. in l. 2. C. de reſcind. vendit. & in l. Lucius. §. vltim. ff. ad Trebell. Caſtrenſ. Angel. & Imola ibidem, Decius in conſil. 60. numer. 4. & 597. numer. 10. Socin. ſen. in conſil. 85. num. 3. lib. 1. Cardinal. Butr. & Anton. Burg. in c. Cum cauſa, de emption. & vendit. Fabian. à Monte, de emption. & vendit. q. 8. num. 13. Rubeus Alex. in conſil. 71. numer. 8. Petr. Rebuff. de reſciſſ. contract. artic. vnico, gloſſ. 15. num. 18. Socin. iun. in conſ. 129. num. 48. lib. 1. & conſ. 98. numer. 17. lib. 2. Cagnol. in c. 1. numer. 29. C. de pact. Alios citant Gabrielius commun. concl. tit. de empt. & vend. concl. 1. num. 68. & Pinell. in d. l. 2. C. de reſcind. vendit. in 1. part. cap. 4. numer. 14. Denique Rota Romana, vt patet ex nouißimis deciſionib. in 1. part. deciſ. 102. nu. 2.*

Argumenta duo ſunt potiſſimum. Primum ex l. ſi ſuperſtite. C. de dolo, in illis verbis: [*Sanè, ſi immodicè læſa es, non de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actio tibi tribuenda eſt.*]

Secundum eſt ex l. In ſumma. ff. de condict. indeb. in illis verbis: [*Sin autem euidens calumnia detegitur, & tranſactio imperfecta eſt, & repetitio datur.*]

Non deſunt, qui ea diſtinctione vtantur, vt ſi læſio longè vltra dimidiam acciderit, quam enormiſſimam appellare conſueuerunt, tunc poſteriori ſententiæ locus ſit. Prior autem ſententia obtineat, vbi læſio eſt ſimpliciter vltra dimidiam, quæ enormis appellatur, quaſi ex læſione enormiſſima dolus ſit præſumendus, *argumento ſumpto ex l. Omnes. §. Lucius. ff. Quæ in fraudem creditorum. Ita Corneus, in conſil. 27. lib. 4. Rota Romana apud Iacob. Puteum, deciſ. 230. lib. 1. alios citant Gabrielius, & Pinellus, locis ſuperiùs annotatis.*

Ego eorum ſententiæ adhæreo, qui docent, Tranſactionem reſcindi poſſe ex immodica læſione, quam inter omnes conuenit eſſe eam, ex qua vltra dimidiam quis læditur.

Mouet me text. in d. l. Si ſuperſtite; Nec probatur eorum interpretatio, qui dixerunt, in ea ſpecie dolum ex propoſito interueniſſe, quoniam textus loquitur de Tranſactione bona fide interpoſita. Nihil autem magis contrarium bonę fidei eſt, quàm dolus, & totam vim Imperator ponit in læſione immodica.

Mouet ſecundò, quòd dolus ex propoſito, & dolus re ipſa, æquiparari videntur, l. Si quis cùm aliter, ff. de verbor. obligat. ibi: [*Idem eſt, etſi nullus dolus interceſſerit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe dolum habeat.*] Vide Dominum

menum Cephalum *in conſ. 405. num. 27. lib. 3.* Sed ex læſione vltra dimidiam, dolus re ipſa apparet, ex communi omnium ſententia, *in d. l. ſi quis cùm aliter. Tradunt Iaſ. in conſil. 135. lib. 4. Pariſius in conſil. 12. num. 82. in conſil. 20. nu. 105. & in conſil. 89. num. 68. lib. 1. Socin. iun. in conſil. 77. num. 132. lib. 1. & in conſil. 47. num. 40. lib. 3. Crauetta in conſil. 142. num. 21. & 192. numer. 8. Couarr. in c. Quamuis, 3. part. §. 4. de pact. lib. 6. Hyppolit. Riminald. in conſil. 3. num. 18. lib. 1. Andr. Gaill, lib. 2. obſeruat. 147. numer. 11.* Pro qua ſententia facit, quod qui cum aliena iactura locupletatur, videtur eſſe in dolo, *l. 1. §. An in pupillum. ff. Depoſiti, l. ſi quis Mancipys, §. vlt. ff. de inſtit. action.*

Ergo idem ſtatuendum eſt, ac ſi dolus ex propoſito interueniret, quo caſu proculdubio Tranſactio eſt reſcindenda, *l. & eleganter, ff. de dolo, l. vltim. C. Mandati, l. qui cum tutoribus, §. qui per fallaciam. ff. de tranſact. cum alys ſimilibus.*

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, in ſpecie d. l. Lucius, §. vltim. læſionem non interueniſſe, conſiderato tempore Tranſactionis. Quod ſanè conſiderandum eſſe indicat text. in l. Si voluntate. C. de reſcind. vendit. illis verbis: [*Si minus dimidia iuſti pretij, quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet,*] idque pluribus confirmat Cagnol. *ad d. l. 2. num. 213. C. de reſcind. vendit.* Tempore autem tranſactionis conſiderato, nullam interceſſiſſe læſionem, ex eo conſtat, quòd is, cui reſtituenda erat hæreditas, demonſtrare non poterat, plura in hæreditate bona fuiſſe, quàm hæres diceret. Neque enim in promptu erant inſtrumenta, quibus id poterat elucere, ſed poſtea reperta ſunt, vt ibi dicitur. Quare actor in eo iudicio facilè ſuccubuiſſet. Actore enim non probante, reus abſoluitur *l. qui accuſare. C. de edendo.*

Eadem reſponſio valet ad ſecundum argumentum, ex l. ſub prætextu inſtrumenti, C. de tranſactionibus.

Ad tertium argumentum ex l. A Diuo Pio. §. Si pignora. Reſpondeo, creditorem in ea ſpecie ſibi damnum intuliſſe, quoniam contentus fuit pro credito pignora poſſidere. Item concurriſſe iudicialem authoritatem, nec textum aliud dicere, niſi de cætero, quod ſibi debetur, creditorem tranſegiſſe videri, ideoque ampliùs, quod ſibi debetur, petere non poſſe.

An autem, ſi ex eo grauiter lædatur, pactum impugnare valeat, non decidit textus. Quanquam in ea re ita ſtatuendum eſſe non dubitem, vt quoties iudicialis authoritas intercedit, & ſimul litigatoris conſenſus concurrit, nullus ampliùs querelæ locus eſſe poſſit. Sibi enim imputare debet, qui ſententiæ acquieuit, cùm prouocare, ſi grauatus erat, poſſet.

Ad quartum reſpondeo, quod habetur in l. in ſumma. ff. de condict. indeb. ad propoſitam quæſtionem non pertinere. Sententia enim illius legis eſt, repeti non poſſe, quod ſolutum eſt in cauſſa tranſactionis, licèt nihil deberetur. Vtrum autem ipſa tranſactio impugnari poſſet, ac reſcindi, textus non declarat.

Ad quintum reſpondeo. Illud ſpecialiter conſtitutum eſſe in Iureiurando, quia is, qui illud offert, conſentire videtur, vt iurans teſtis ac Iudex fit in cauſſa propria, *l. vlt. C. de fideicommiſſ.* Quare conqueri non debet, & damnum, quod ſua culpa ſentit, ſibi imputare debet, *reg. damnum, de regul. iur. lib. 6.*

Ad ſextum, ex l. 1. C. de plus petitionibus reſpondeo, Non dicit textus. Tranſactionem propter dolum non reſcindi, ſed quæ doloſè geſta ſunt, & extorta, Tranſactione purgari.

Ad l. ſi deferente. ff. de dolo. reſpondeo vt ad quintum argumentum.

Ad octauum reſpondeo, concluſionem noſtram intelligendam eſſe, quando dubio euentu litis perpenſo, & omnibus alijs circumſtantijs examinatis, de læſione vltra dimidiam conſtat.

Ad poſtremum reſpondeo. Hæc eſſe diſſimilia, quia ſententia litigator læſus ordinarium habet appellationis auxilium, quo ſi non vtatur, ſibi imputet.

CAPVT XXVII.

De venditione facta ad corpus, & ad menſuram, Controuerſiæ duæ.

INTER,

INTER omnes conſtat, venditionem ad menſuræ modum iudicari, vt Doctores noſtri loquuntur, ſi incipiat à menſura. Ad corpus autem videri, ſi à corpore incipiat *ex reſponſo Oldradi* 197. ex qua diſtinctione plura ſequuntur, quæ Doctores tractant, *vt patet ex Couuarr. practic. quæſt. cap. 3. & ex Ario Pinello, ad l. 2. C. de reſcind. vendit. in 2. parte, cap. 2. num. 7.*

Cæterùm, de duobus eſt controuerſia. Alterum eſt in ea ſpecie, in qua à corpore venditio incipit, ſed ſtatim menſuræ modus exprimitur, vt, Vendo tibi fundum Sempronianum, decem iugerum, his definitum ac diſtinctum limitibus, pretio centum aureorum. Eiuſmodi venditionem ad corpus cenſeri factam, & conſequenter, ſi maior ſit menſuræ modus, id emptoris lucro cedere, reſpondit Carol. Ruin. *in conſil. 83. lib. 1. & cum eo Pariſius in conſil. 64. lib. 1. necnon Socin. iun. in conſil. 42. lib. 2. & hos ſecutus Couuarr. pract. quæſt. c. 3. numer. 2. verſic. quarta ſpecies proponitur.* Sed contrarium reſpondit Curt. iun. *in conſil. 131. & cum eo Deci. in conſil. 500. quibus adſtipulatur Cagnol. ad d. l. 2. C. de reſcind. vendit. num. 182.*

Alterum eſt, in ea ſpecie, qua venditio ad corpus facta eſt, ſi minor menſuræ modus reperiatur, vtrum id emptoris damno non autem venditoris cedat, vt proptereà pretium diminuendum ſit. Nam pretium diminuendum eſſe, & ſic emptorem tanto minus ſoluere oportere, ſcriptum reliquit Paul. Caſtrenſ. *l. ſi ſeruum. §. ſi modus. ff. de act. empt. Socin. iun. in d. conſil. 42. numer. 21. lib. 2. & poſt eos Couuar. loco paulò antè citatò poſt num. 7.* Sed contrarium reſpondit Corneus, *in conſil. 59. lib. 4. Boërius deciſ. 50. num. 6. Pinell. ad d. l. 2. in 3. parte, cap. 2. num. 8.*

Quod attinet ad primam controuerſiam, prior ſententia nititur his argumentis. Primum eſt ex eo, quòd venditio hoc in caſu à corpore incipiat, & licèt menſuræ modus adijciatur ante confinia, nil tamen refert, quia ſecundùm Iuris ordinem eſt; perinde, ac ſi diceretur: Vendo tibi fundum Sempronianum, his deſignatum confinibus tot iugerum, quo caſu ſecundum Oldradi diſtinctionem communiter receptam, *in d. conſil.* 197. venditio dicitur eſſe facta ad corpus.

Secundum argumentum eſt ex l. ſi venditor. ff. de act. empt. ibi. [*Peculium eum habere decem, &c. & ſi plus habet totum præſtet, &c.*]

Tertium. Qui fundum vendit, totum vendere intelligitur, *argumento l. ſi in rem. 6. & ibi gloſſ. in verbo, totam, ff. de rei vend.* Ergo, ſi exprimat menſuram, & quantitatem iugerum, non iccirco taxate videtur ſeu limitare venditionem.

Quartum eſt ex l. Qui fundum. ff. de euict. vbi Alphenus, [*Qui fundum*, inquit, *tradiderat iugerum centum, fines multò ampliores emptori demonſtrauerat. Si quid ex his finibus euinceretur, pro bonitate eius emptori præſtandum ait, quamuis id, quod relinqueretur, centum iugera haberet.*]

Poſterioris autem ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum eſt ex eo, quod hæc verba, [*Vendo fundum Sempronianum decem iugerum,*] videntur (vt cum noſtris Doctoribus loquar) accipienda eſſe reſtrictiuè, non autem demonſtratiuè, *argumento text. in c. cum capella, de priuileg. & eorum, quæ ibi notant Butr. & cæteri, & de genitiui natura Doctores, ad Rubr. de operis noui nunciatione.* Conſequenter, venditio in hac ſpecie intelligitur eſſe facta ad menſuram, nempè, decem iugerum, non plurium.

Secundum argumentum eſt ex l. Locus, ff. de verbor. ſignific. vbi dicitur, quamlibet partem fundi, dici poſſe fundum, Igitur ea pars quæ numerum iugerum, à contrahentibus expreſſum excedit, videtur eſſe fundus minimè comprehenſus in venditione.

Tertium. Secundùm regulas vulgares præſumendus eſt potiùs error, quàm donatio, *l. Cùm de indebito. ff. de probatio.* Ergo, ſi maior ſit numerus iugerum, quàm exprimatur, error potiùs eſt præſumendus, quàm donatio.

Quartum eſt ex traditis per Imolam, *in c. Per tuas, de donation.* vbi dicit, in donatione, & alijs cauſis lucratiuis recipiendam eſſe Oldradi diſtinctionem. Cæterùm, in venditione rationem habendam eſſe menſuræ, & iuxta eam pretium eſſe moderandum.

Quintum argumentum. Hæc venditio videtur eſſe facta ad menſuram, quia ſtatim exprimitur menſuræ modus, videlicet, quantitas iugerum, & quidem ante confinium expreſſionem, ſecundùm receptam Oldradi diſtinctionem.

Sextum argumentum. Niſi hæc venditio facta eſſe ad menſuram cenſeatur, fruſtrà videbitur expreſſus menſuræ modus. Non ſunt autem ita verba contractus accipienda, vt fruſtrà adiecta eſſe videantur, *iuxta celebre, & vulgatum dictum Bal. ad Rubr. C. de contrah. empt. q. 9.*

Poſtremum argumentum. In obſcuro venditio cenſeri potiùs debet facta eſſe ad menſuram, quàm ad corpus, quoniam id contrahentibus minus præiudicat, *argum. l. ſemper in dubijs, de reg. iur.*

Nec obſtat ſi dicatur, pretium conſtitutum eſſe, non in ſingula iugera, ſed vnicum pro toto fundo, quia id non facit, quò minùs venditio ſit ad menſuram facta, *argum. l. Quod ſæpè. §. penult. verſic. Sed etſi ex Dolecrio. ff. de contrah. empt. ibi: Nec intereſt, vtrum pretium, omnium centum metretarum, ſimul dictum ſit, an in ſingulas eas.*

Mihi videtur iſtis non obſtantibus prior ſententia probabilior, idque potiſſimùm ex l. ſi duorum. ff. de act. empt. Ait ibi Iuriſconſultus de venditione, ad cum fermè modum conſtituta qui nunc proponitur, & ſubijcit hæc verba: [*Nec enim id, quod ampliùs in modo agri inuenitur, quam alioquin dictum eſt, ad compendium venditoris, ſed emptoris pertinet.*]

Quod venditio in ea ſpecie ſimilis fuerit huic noſtræ, ex eo patet, quod fundi venditi fuerunt vno pretio, & ſimul numerus iugerum fuit deſignatus. Verba hæc ſunt: [*Si duorum fundorum venditur ſeparatim de modo cuiuſque pronunciauerit, & ita vtrumque vno pretio tradiderit, &c.*]

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ Reſpondeo, Genitiuum hoc in caſu non reſtringere, quia voluntas venditoris ea fuiſſe videtur, vt totus fundus cenſeatur venditus, qui intra confines expreſſos eſt. Vnde illa verba ſtant demonſtratiuè, ſicut & in ſpecie d. l. ſi duorum.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo negando conſequentiam, quia quantitas iugerum excedens numerum expreſſum, cenſetur comprehenſa in venditione totius fundi, & conſiderari debet vt pars fundi, non autem vt ſeparatus fundus, cùm ſit intra confines expreſſos.

Ad tertium, concedo totum argumentum, ſed dico, expreſſionem erroris emptori prodeſſe hoc in caſu, quia totum corpus emit, & ſibi venditor imputare debet, quod non diſtinctè in ſingula iugera pretium conſtituerit.

Ad quartum reſpondeo, rationem habendam eſſe menſuræ, quoties venditio ad menſuram fit, ſecùs ſi ad corpus fiat, vt in caſu noſtro, neque id negare Imolam, nec negauit loco allegato.

Ad quintum reſpondeo, non eſſe hanc venditionem ad menſuram, quia incipit à corpore, & licèt iugera exprimantur ante confinia, nil refert, quia vnicum pretium pro toto fundo eſt conſtitutum.

Ad ſextum reſpondeo, non fruſtra exprimi menſuræ modum à venditore, quoniam ea expreſſio facit, vt contrahentes de pretio faciliùs conueniant.

Ad vltimum reſpondeo, rem non eſſe obſcuram, ſed ſatis apparere mentem contrahentium, & mentem etiam Iuris Authorum de hac ipſa ſpecie, *vt ex d. l. ſi duorum. ff. de act. empt.*

Quod attinet ad alteram controuerſiam, fundamentum eorum, qui dicunt, totam hanc rem cedere damno, vel commodo venditoris, illud eſt, quia inter contrahentes ſeruanda eſt æqualitas, *l. 6. ff. de periculo, & commodo rei vend.* Quare cùm ita conſtitutum ſit, vt ſi maior ſit menſuræ modus id ad emptoris compendium pertineat, *ſicuti dicit text. in d. l. ſi duorum.* ſequitur dicendum, ſi minor modus reperiatur, id pertinere debere ad diſpendium eiuſdem emptoris, quia ſcilicet totum nihilominus pretium conſtitutum, & promiſſum venditori præſtare teneat.

Sed poſterior ſententia mihi videtur euinci ex duabus legibus, nempè, ex d. l. ſi duorum, in illis verbis: [*Nec enim id, quod ampliùs in modo agri inuenitur, quàm alioqui di-*

ctum

ctum eſt, ad compendium venditoris, ſed emptoris pertinet, & tunc tenetur venditor, cùm minor modus inuenitur.] Hæc poſtrema verba decidũt hanc quæſtionem, Et ex l. ſi venditor hominis, ff. de act. empt. vbi venditor hominis dixit, eum habere peculium decem, & ſe nihil ablaturum, (hæc verba videntur importare quodammodo venditionem ad corpus,) [*& ſi plus habet*, inquit text. *totum præſtet, ſin minus, præſtet eſſe decem.*]

Huius autem rei ratio reddi poteſt, quia is, qui vendit, veriſimiliter magis nouit agri ſui modum, quam is, qui emit, vnde, ſi minorem modum exprimat, cum maior eſſet, id ſibi imputare debet, qui ſcire debuerat maiorem eſſe. Si vero maiorem exprimat modum, quam re vera ſit, nõ eſt, quod emptori culpa adſcribatur, qui putauit tot iugera eſſe, ideoq; eam pretij quantitatem promiſit, non daturus fortaſſe, ſi non eſſe tot iugera exiſtimaſſet.

Ad argumentum contrariæ opinionis reſpõſio patet ex prædictis, etſi enim æqualitas ſeruanda ſit inter contrahentes regulariter, hic tamen diſpar ratio, quæ eſt inter empt. & vend. contrarium ſuadet. Emptor enim ad emendum eſt inductus eo pretio, quia putauit fundum eſſe tot iugerum, vnde ſi non ſit tot iugerum, precium eſt diminuendũ. Quod ſi plura iugera contineat, de ſe cõqueri venditorem oportet, cur ita eoq; pretio vniuerſum fundum diſtraxerit.

Capvt XXVIII.

De venditione facta datis arris, quid Iuris, ſi alter ex contrahentibus promiſſa non exequatur.

Venditione perfecta, & arris datis, emptor, ſi venditor recuſat implere promiſſa, quæſtio eſt quid iuris? Sunt qui dicant, eum amiſſione arrarum multandum, vel ſi eas acceperit, dupli reſtitutione, & ſimul etiam condemnandum in id, quod intereſt alterius. *Ita Cyn. & Alberic. ad l. Contractus, §. Illud, C. de fide inſtrument.* quorum fundamentum eſt, quia leges dicunt, ſi res vendita non tradatur, id, quod intereſt, præſtandum eſſe, *l. 1. ff. de act. empt. l. ſi traditio, C. eod. tit.*

Quod vero de arrarum amiſſione, vel reſtitutione dictum eſt, iure conſtitutum reperitur, *vt patet ex d. l. contractus, §. illud, &* *ex §. 1. in Inſtit. de empt. & vend.*

Alij vero docent in id, quod intereſt, actionem competere hoc in caſu, ſed in ratione eius, quod intereſt, compenſandum quod arrarum nomine datur, *ita Bart. & Caſtren. in d. l. Contractus. §. Illud, Ang. Aret. in §. 1. in Inſt. de empt. & vend. Idem Bart. ad l. 1. §. vnde quæritur, ff. de Public. Fab. à Monte, de empt. & vend. in 5. q. princ. n. 70.*

Fundamentum eſt in l. prædia, ff. de act. empt. & in l. ſi quis à ſocio, ff. pro ſoc. quibus in locis probatur, ſi contrahentes ſtipulati ſint pœnam, peti tamen poſſe id, quod intereſt, niſi tantundem in pœna ſit, quantum intereſt ſtipulatoris, igitur & in hac ſpecie videtur eſſe idem ſtatuendum ac reſpondendum, quaſi arri præſtatio ſit loco pœnæ.

Sed mihi magis probatur eorum ſententia, qui docent hoc in caſu ad id, quod intereſt, actionem non eſſe dandam, ſed arras datas amitti, aut duplum reddi oportere, *ita Salic. in d. l. contractus. §. Illud, Ant. Gomeſ. variar. reſolut. Iur. tit. de empt. & vend. num. 18. Vdalricus Zaſius lib. 2. ſing. reſponſ. c. 24.*

Probatur hæc ſententia ex §. 1. Inſtitut. de empt. & vendit. [*Ita tamen*, inquit, *impune eis recedere concedimus, niſi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim ſubſecuto, ſiue in ſcriptis, ſiue ſine ſcriptis venditio celebrata eſt, is qui recuſat adimplere contractum, ſi quidem eſt emptor, perdit quod dedit, ſi vero venditor, duplum reſtituere compellitur.*] Idem habetur in d. l. contractus, §. illud.

Et cum ijs legibus ſpecialiter in propoſito caſu deciſum ſit, & ſatis clare, quid ſtatuendum, non puto interpretatione, ac diſputatione hanc rem in dubium reuocari poſſe.

Nec me ab hac ſententia abducit, quod alibi legibus ita conſtitutum ſit, vt id, quod inter, præſtetur. Neque enim loquuntur leges de eo caſu, quo arrarum nomine aliquid datum eſt.

Quod vero dicitur de ſtipulatione pœnali, diuerſam rationem habet, Pœnæ enim ſtipulatio interponitur loco eius, quod intereſt, vt ſcilicet cum difficile ſit probare id, quod intereſt, ſaltem pœnam ſtipulator conſequatur.

Quod ſi id, quod intereſt, pluris ſit quã pœna, nihil prohibet peti poſſe id, quod pluris intereſt, eo ſcilicet compenſato, quod pœna continet.

Cæterum, vbi aliquid arræ nomine datur, ex eo manifeſte apparet, contrahentium eam fuiſſe mentem ac voluntatem, vt id tantum amitteretur, vel duplatum reſtitueretur. Et cum hæc ſententia moribus iam recepta ſit, non puto ab ea eſſe temerè recedendum.

CAPVT XXIX.

Si per procuratorem res vendita fuerit, an reſcindi contractus poßit ob læſionem citra dimidiam, & quid ſi læſio citra dimidiam contingat in æſtimatione rei in dotem data.

QVod attinet ad primum, non eſt eadem omnium ſententia. Nam contractum eſſe reſcindendum Bartolus cenſuit, non tamen id plane affirmans, *in l. Societatem, §. Arbitriorum, num. 25. ff. pro ſoc. Paul. Caſtr. in l. 2. n. 5. C. de reſcin. vend. Ant. Butr. in c. Quintaualle, de iureiur.*

Et fundamentum eſt, quia arbitri læſio dicitur eſſe enormis, quoties in ſexta parte eſt, *vt probatur ex dicto §. arbitriorum, iuncto principio legis, & l. vnde & Nerua, ff. eod. tit.* Ergo & in procuratore idem reſpondendum videtur.

Alij dixerunt, id ita conſtituendum eſſe in procuratore, conſtituto ab homine, ſecus autem in legitimo procuratore, & adminiſtratore, *Ita Aret. in conſ. 126. & Anton. Gabr. commun. concluſ. tit. de empt. & vendit. concluſ. 1. num. 28.*

Cæterum, hanc ſententiam & priorem etiam falſam eſſe oſtendit, *l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend.* ex qua adducor, vt eorum ſententiæ magis adhæream, qui negant contractum reſcindi poſſe, niſi læſio vltra dimidiam probetur: quæ ſententia eſt etiam frequentioribus ſuffragijs munita. *Ita enim cenſuerunt Alexand. in l. ſi quis cum aliter, numer. 18. ff. de verbor. obligat. Panorm. in c. Cum cauſa, de empt. & vend. Et ibi etiam Anton. Burg. Aret. in d. conſ. 126. Cagnolus ad l. 2. num. 166. C. de reſcin. vendit. & ibi. Pinellus alios citans, in 2. par. c. 1. n. 15.*

Et manifeſte probatur ex d. l. ſi voluntate. Nam in ea ſpecie filius nomine matris fundum vendidit, vt habetur in principio legis, & textus in fine dicit, venditionem factam non reſcindi, niſi minus dimidia iuſti pretij, quod fuerat tempore venditionis datum eſſet.

Nec valet argumentum ab arbitrio ſumptum, quia procuratori modus agendi & contrahendi præſcribi poteſt, arbitrio vero nequaquam. Et qui ignarum ac imprudentem eligit procuratorem, ſibi imputare debet, *l. cum mandato. §. vlt. ff. de Minoribus.* Non idem eſt in arbitro, quem vt bonum virum quis eligit, vnde ſi grauem inferat læſionem, merito ad boni viri arbitrium recurritur.

Quod vero ad alteram quæſtionem attinet, ſunt qui putent, ſuccurrendum eſſe coniugi damnum paſſo circa rei dotalis æſtimationem, licet infra dimidiam ſit damnum, *Ita Imola in c. cum dilecti, n. 16. de empt. & vend. Ant. Burg. in c. cum cauſa, n. 48. eod. tit. Bal. Nouel. de priuil. dotis. part. 7. priuil. 35. Afflict. deciſ. 270. n. 3. Cremenſ. ad d. l. 2. n. 168. & multi alij quos refert & ſequitur Pinel. ibi, par. 1. c. 1. n. 9. & 18. & Ant. Gabr. commun. concluſ. tit. de empt. & vend. concluſ. 1. nu. 33.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Iure ſuccurſum, ff. de iure dot. [*Si in dote danda,* inquit, *circumuẽtus ſit alteruter, & maiori annis viginti quinq; ſuccurrendum eſt, quia bono, & æquo non conuenit, aut lucrari aliquẽ cum damno alterius: aut damnũ ſentire per alterius lucrum.*]

Secundum eſt ex l. ſi res æſtimata, §. 1. ff. eodẽ: [*Si mulier,* inquit, *ſe dicat circumuentam minoris res æſtimaſſe, vt puta ſeruum, ſi quidem in hoc circumuenta eſt, quod ſeruum dedit, non tantum in hoc, quod minoris æſtimauit in eo acturã, vt ſeruus ſibi reſtituatur. Enimuero, ſi in æſtimationis*

modo

modo circumuenta eſt, erit arbitrium mariti, virũ iuſtam aſtimationem, an potius ſeruum præſtet.]

Tertium eſt ex l. Si circumſcripta, C. ſoluto matrimonio: [*Si circumſcripto, inquit, matre veſtra viliore pretio dotales res aſtimata ſunt: quid ſuper huiuſmodi contractuum vitio ſtatutum ſit, vulgo patet.*] Et paucis interdictis verbis. [*Sin autem, inquit, etiam maritus in aſtimatione grauatum ſe alleget, veritate examinata, non amplius, quam pretium iuſtum reſtituere compellitur.*]

Cæterum, læſionem vltra dimidiam requirunt in hac ſpecie Fulg. *in d. l. 2. num. 2. & 4.* Salic. *in d. l. res æſtimata*, §. 1. Rebuff. *de reſciſſ. contract. art. vnic. Gloſſ. 15. n. 13.* Cagn. *in d. l. 2. n. 63.* duobus argumentis.

Primum ex l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. & alijs legibus ſimilibus, quibus vltra dimidiam læſio requiritur, vt contractus reſcindatur.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod contrahentibus licet ſe inuicem decipere pretio, *leg. in cauſſa. 17. §. Idem Pomponius, ff. de Minoribus, leg. item ſi pretio. §. vltim. ff. locati.*

Ad leges allegatas in contrarium reſpondent, eas eſſe intelligendas, vbi læſio eſt vltra dimidiam, vel cum dolus interuenit, vt innuit illud verbum, circumuentus, & circumſcriptus, *arg. l. 1. ff. de dolo, verſ. Circumſcribendum.*

Sed mihi prior ſententia longe probabilior videtur: Tum quia memoratæ leges quibus nititur, nullam læſionis vltra dimidiam mentionem faciunt; Tum quia ratio legum, quod ſcilicet, iuſtum nõ ſit, ſiue bono & æquo non conueniat, vt alter lucretur cum alterius damno, locum habeat etiam in læſione citra dimidiam. Tum ex eo denique, quod d. l. circumſcripta, loquitur ſimpliciter, vbi quæritur an æſtimatione ſe grauatum allegat.

Nec obſtat verbum illud, Circumſcripta, quia læſionem ſignificat etiam abſque dolo, *l. in cauſa, §. pen. ff. de minor. l. item ſi pretio. §. vlt. ff. locati.* & conſequenter etiam illam, quæ dimidiam non excedit.

Non obſtant argumenta contrariæ opinionis, quia quod in alijs contractibus ac permiſſum eſt, non eſt ad coniuges trahendum, inter quos maxime locus eſſe debet ſynceræ, ac bonæ fidei, omni auaritia ac deceptione, ſeu læſione penitus remotis.

CAPVT XXX.

An venditor præciſe teneatur rem tradere: cum tradendi facultatem habet.

COmmunis eſt ſententia, venditorem præciſe compelli ad tradendum rem venditam emptori, cum tradendi facultatem habet, *ita Glo. Bart. & Caſtr. ad l. 1. ff. de act. empt. Alex. Dec. & Iaſ. ad l. certi condictio, ff. ſi certum pet. Fab. a Monte, de empt. & vend. in 6. q. princ. n. 38. Nec non alij, quos refert & ſequitur Pinell. ad l. 1. C. de bon. mat. p. 3. n. 26. Quibus addi poteſt Couar. lib. 2. var. reſol. c. 19.*

Argumenta hæc ſunt. Primum ex l. ex empto, ff. de act. empt. ibi, [*Venditorem oportet rem præſtare, id eſt, tradere.*]

Secundum ex §. perficiuntur, in Inſt. de don. ibi, [*Et ad exemptum venditionis, noſtra conſtitutio, eas etiam habere in ſe neceſſitatem traditionis voluit.*]

Tertium ex §. pretium, in Inſt. de empt. & vend. ibi, [*Omnino tradatur, &c.*]

Quartum ex l. fiſtulas, §. fundum, ff. de contrah. emp. & ex l. magis puto. §. ſi pater, ff. de reb. eor. &c. Quibus in locis habetur rem venditam tradi oportere, & ideirco à minore, & à tutore, nullis etiam adhibitis ſolennibus, traditionem fieri poſſe.

Quintum ex l. qui reſtituere, ff. de rei vend. vbi qui reſtituere condemnatus eſt, præciſe compellitur.

Sextum. Aliud pro alio inuito creditore ſolui non poteſt, *l. 2. ff. ſi cert. pet.* Sed res vendita debetur emptori. Ergo illa tradi debet, non autem aliud ipſius loco, inuito emptore.

Septimum. Venditor non ſolum tenetur rem tradere, ſed etiam dare, id eſt, dominium transferre, ſi ſit dominus, *l. ex empto, ff. de act. empt. l. cum manu ſata, §. vltim. ff. de contrahend. emptio.* Ergo, præciſe compelli poteſt,

poteſt, ſicut is, qui dare tenetur, *l. vbi autem, §. vlt. ff. de verb. oblig.*

Sed contrariam ſententiam ſemper probabiliorem eſſe iudicaui, nempe venditorem præciſe compelli non poſſe ad tradendum, ſed hanc neceſſitatem ei incumbere, vt vel rem tradat venditam, vel id, quod emptoris intereſt, perſoluat, *quam ſententiam amplexus eſt olim Ioannes, & ſecuti ſunt Socin. in l. certi condictio, ff. ſi cert. pet. & Alciat. ad l. vnicam, C. de ſententiis, quæ pro eo quod intereſt, proferuntur.*

Probatur. Primo, ex l. 1. ff. de act. empt. [*Si res vendita non tradatur, ad id, quod intereſt, agitur.*]

Secundo, ex l. ſi traditio, C. eod. tit. vbi idem habetur.

Tertio, ex l. empt. §. & ex empto, ff. eod. tit. [*Et ex empto* (inquit) *actionem eſſe, vt habere licere emptori caueatur. Sed & vt tradatur ei poſſeſſio. Idem ait non tradentem, quanti interſit, condemnari.*]

Reſpondent cōtrariæ ſententiæ Authores, eas leges intelligendas eſſe, quando venditor facultatem tradendi non habet. Sed hæc interpretatio meram continet diuinationem.

Quarto, probatur ex l. ſi iactum retis, ff. de act. empt. *Si iactum retis emero* (ait text.) *& captos piſces piſcator nolit tradere, ad æſtimationem rei agendum.*]

Nec bona eſt reſponſio, in ea ſpecie agi de obligatione facti, & piſces in conſequentiam venire, quia principaliter piſces conſiderati fuerunt, vt nempe, quicunque caperentur, emptori tradi deberent, quanquam ſi nihil caperetur, venditioni factæ locus eſſet.

Quinto, probatur ex l. contractus, C. de fide inſtrum. illis verbis: [*Adeo vt nec illud in eiuſmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio ſtatuto, neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere* (nempe, rem tradere, & alia facere, ſecundum naturam venditionis) *vel id, quod emptoris intereſt, perſoluere.*]

Poſtremo probatur, quia in obligationibus facti ſufficit præſtare id, quod intereſt, *l. ſtipulationes non diuiduntur, verſ. Celſus, ff. de verb. oblig. l. ſi quis ab alio. §. vlt. ff. de re iud.* Sed venditor tenetur ad factum, nempe ad rem tradendam, *l. ſi ſtipulatus ff. de vſur. l. ſi rem tradi, ff. de verb. obl.* Ergo præciſe compelli non poteſt ad tradendum, ſed ſoluendo quod intereſt emptoris, liberatur.

Ad primum argumentum contrarię ſententiæ reſpondeo. Concedo, venditorem teneri ad tradendum, vt in l. allegata: ſed dico, eum præciſe compelli non poſſe, ſed ſoluendo id, quod intereſt, liberari, ſicut in alijs legibus dicitur.

Et hæc reſponſio valet ad ſecundum & tertium argumentum, quia eodem modo accipienda ſunt illa loca, nempe, venditorem neceſſitatem habere, aut rem tradendi, aut ſoluendi id, quod intereſt emptoris.

Sic & ad quartam reſpondeo: Nam cōcedo venditorem obligatum eſſe ad tradēdum, traditionemq; fieri poſſe abſque ſolennibus: ſed nego eum præciſe compelli poſſe, vt dictum eſt.

Ad quintum reſpondeo, illam legem loqui de eo, qui condemnatus eſt ad reſtituendum, quæ diſſimilis eſt ſpecies ab hac noſtra.

Ad ſextum reſpondeo: venditorem aliud pro alio non præſtare, cum ſufficiat, ſi vel rem tradat, vel id, quod intereſt, perſoluat.

Ad vltimum reſpondeo, negando venditorem teneri ad dandum, hoc eſt, ad dominium transferendum, id, inquam, nego authoritate l. ſi ita diſtrahatur, ff. de contrahen. empt. [*qui vendidit,* inquit, *neceſſe non habet fundum emptoris facere.*] Non obſtant leges allegatæ, quia nō dicunt venditorem teneri ad dominium transferendum, ſed hoc vult Iuriſconſultus *in d. l. Ex empto.* vt ſi venditor ſit dominus rei venditæ, eam tradendo dominium in emptorem transferat, & in d. l. cum manu ſata, §. vltim. hoc tantum dicitur. Pactum nullius eſt momenti, quo inter emptorem & venditorem eſt conuentum, vt dominium rei venditæ in eum non transferatur. Recte, quia natura venditionis eſt, vt rei dominium in emptorem transferatur, ſi venditor

rem

rem tradens dominus exiſtat, *d. l. ex empto.* Addo Duarenum, pro hac ſententia noſtra, ad titul. de in litem iurando, vbi eleganter loquitur. Adde in contrarium, Cuiacius *ad lib. 1. Feud. tit. 1.* monum ex eo, quod ſcribit Paulus, *lib. 1. Sentent.* & ex alijs, quibus ſuprà reſponſum eſt. Et locus Pauli eſt Palea, id eſt, non eſt inſertus in corpore Iuris, ideò non poteſt allegari ad deciſionem cauſarum. Mecum etiam ſentit Vaud. *quæſt. cap. 9.*

CAPVT XXXI.

Venditor vtrum actione ex empto conueniri poſſit, vt realiter venditam rem emptori tradat, quando emptoris nomine ſe illam conſtituit poſſidere. Et quid ſi precario nomine.

NON deſunt qui negant venditorem conueniri poſſe & cogi, vt rem tradat emptori, quando is ſe conſtituit emptoris nomine rem venditam poſſidere, *ita enim cenſuerunt Gloſſ. Bartol. Angelus, Salic. Fulgoſ. Iacobinus, & Iaſon. in l. Ab emptione, ff. de pactis. Alexand. in l. Pomponius, §. ſi is qui precario, col. 3. verſ. Quid è contra, quando venditor. ff. de acquir. poſſeſſ. Angelus Aret.* in §. 1. *Inſtit. de empt. & vendit. ad finem, Ludouicus Bolognius in conſ. 72. colum. 2. Matheſilanus ſingul. 67. Nota quod venditor, & ſingul. 170.*

Fundamentum autem eſt, quia per conſtitutum naturalis & ciuilis poſſeſſio transfertur in eum, cuius nomine poſſidetur, *l. Quod meo, ff. de acquir. poſſeſſ.* Igitur venditor rem tradidiſſe videtur.

Qua ratione idem reſponderunt, vt venditor conſtituit, ſe precario emptoris nomine poſſidere, Alexand. *in conſil. 27. column. 2. lib. 1.* Cornæus *in conſil. 53. lib. 2. & 40. lib. 4.* Vitalis Cambanus *de Clauſulis, Clauſula, Conſtituit ſe precario nomine poſſidere.* Afflict. *in c. 1. Quid ſit inueſtitura.*

Sed neutra ſententia mihi probatur; Nam cùm venditor rem tradere teneatur, ſine dubio ſequitur eum teneri ad vacuam poſſeſſionem tradendam, quatenus eſt facti, *argum. l. 3. §. 1. de act. empt.* quæ ſanè vacua poſſeſſio ex eo quod ſe nomine emptoris poſſidere conſtituat, non transfertur. Item, venditor ex empto tenetur, vt emptori rem habere liceat, *l. Ex empto. §. & ex empto, ff. eodem titul.* licet autem emptori rem habere, cùm inſiſtit poſſeſſioni, & re fruitur. *l. Habere licere. ff. de euictio.* Quamobrem venditorem, hoc in caſu minimè liberatum eſſe à neceſſitate tradendi rem effectualiter ac realiter, ſic enim noſtri loquuntur, imò conueniri ex empto poſſe cenſuerunt Bald. & Caſtrenſ. *in d. l. Ab emptione, ff. de pactis.* Alexand. *in conſil. 28. lib. 2.* Decius *in conſ. 281. colum. 2.* Ruin. *conſ. 94. lib. 1.* Tiraq. *de iure conſtitut. p. 1. num. 10.* Addentes ad Matheſilan. *d. Sing. 67.* quibus aſſentior.

Et cùm precario nomine poſſidens naturalem poſſeſſionem habere dicatur, is verò, cuius nomine poſſidetur, ciuilem, *l. Et habet. §. eum qui precario. ff. de Precario*; vel ſecundùm Labeonis ſententiam, is ſolùm poſſidet, qui precario rogauit, ſi ſibi poſſidere liceret, vt notat Cuiacius *lib. 9. obſeru. 32.* ſequitur venditorem in propoſita ſpecie non videri naturalem poſſeſſionem in emptorem tranſtuliſſe, & conſequenter adhuc ex vendito teneri. *Tiraquell. alios citans de iure conſtituti, in 1. part. num. 8.*

CAPVT XXXII.

Tractantur tres controuerſiæ pertinentes ad interpretationem & materiam l. Curabit, C. de act. empt.

CVrabit Præſes Prouinciæ compellere emptorem qui nactus poſſeſſionem, fructus percepit, partem pretij, quam penes ſe habet, cum vſuris reſtituere, quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis fauor (licet nulla mora interceſſerit) generauit.]

Pro huius legis interpretatione controuertitur inter Doctores, an idem reſpondendum ſit, cùm emptor nullos fructus ex re vendita, vtpotè, ſterili, percepit. Et idem reſpondendum eſſe dixerunt Bald. *ad l. 2. C. de Vſuris, Caſtrenſ. in dicta l. Curabit, Petrus Anchar. in c. Peccati venia, de regul. iuris, lib. 6. Ioan. Anania in c. conqueſtus, de Vſuris. Socin. ſen. in conſil. 88. numer. 8. & 103. lib. 4. Pariſ. in c. cùm venerabilis, colum. 8. de except. & in conſil. 60. numer. 28. lib. 1. Gozad. in conſil. 55. D. Ioan. Cephal. in conſil. 736. num. 26.*

lib. 5. Ioan. Petrus Surd. in conſil. 101. Rota Genuenſ. deciſ. 194.

Fundamentum eſt in eo, quòd eiuſmodi vſuræ propter perfidiam emptoris debeantur, quia ſcilicet cùm rem acceperit, non exequitur id, quod debet, & pretium non ſoluit.

Huc accedat text. in l. 2. C. de vſuris, vbi ſimpliciter habetur, venditorem, cui poſſeſſio tradita eſt, vſuras æquitatis ratione præſtare cogendum, ſi pretium venditori non obtulerit.

Contrariam ſententiam amplexi fuêre Cyn. & Salicet. *in l. minorum. C. in quib. cauſ. in integrum reſtitut. non eſt neceſſ.* Alex. *in l. de diuiſ. ff. ſolut. matrimon.* Aret. *in conſil. 194. numer. 11. & in l. ita ſtipulatus, colum. 5. de verbor. obligat.* Socin. ſen. *in conſil. 109. lib. 1.* Corneus *in conſil. 59. lib. 3.* Cagnol. *ad d. l. curabit,* Ioan. Baptiſt. Lup. ibi, *num. 141.* Couuar. *lib. 3. variar. reſolut. cap. 4. in 7. Illat.* Natta *in conſil. 417. & 494.* Petr. Benintend. *deciſ. Bonon. 29.* Et huic ſententiæ & ipſe adhæreo.

Probatur hæc ſententia ex d. l. curabit, & ex ratione ipſius legis, ait enim lex, emptorem, qui nactus poſſeſſionem, fructus percepit, vſuras pendere oportere. Ergo ſecus dicendum videtur, cùm fructus percipere non pôtuit.

Ratio autem legis eſt: quia cùm fructus percipiat, æquum eſt eum vſuras pendere, *vt inquit text. in l. Iulian. §. ex vendito, ff. de act. empt.* Vnde alibi dicitur, iniquum eſſe vſuras ab eo exigi qui fructus non percepiſſet, *l. Liberalitatis, ff. de Vſuris.*

Nec enim ſufficit emptorem rem habere, ſed illud ſpectare debemus, an facultatem habeat fructus percipiendi, *vt in d. §. ex vendito.*

Non obſtat id, quod dicebatur emptorem ad vſuras pretij non ſoluti condemnandum, propterea quod fidem contractus non ſeruauerit, quia hoc nulla lege, nullaque ratione nititur, immò pugnat cum dicta l. Curabit, quatenus ibi dicitur, licèt nulla mora interceſſerit, emptorem teneri.

Non obſtat text. in d. l. 2. C. de vſur. quia quod ibi ſimpliciter affirmatur, emptorem ad vſuras præſtandas teneri, ex alijs legibus declarandum eſt, nempè, vt verum ſit, vbi fructus percepit ex re empta, cuius poſſeſſionem nactus eſt.

Altera eſt controuerſia, an vſurarum præſtationi ſit locus, quando venditor non tradidit emptori rem liberam, vt tenebatur, vel fideiuſſorem, quem promiſit euictionis nomine, non dedit. Et locum non eſſe reſponderunt Bald. *ad l. 1. C. de bon. mater.* Soc. ſen. *in conſil. 88. num. 17. lib. 3.* Pariſius *in c. venerabilis, colum. 8. de except.* Afflictus *deciſ. 20. ad finem.*

Fundamentum eſt, quia venditor hoc in caſu promiſſa non adimplevit, vnde nec pretium petere poteſt, *l. Iulianus. §. offerri, ff. de actionib. empti. l. AEdiles. §. ordinem, ff. de ædilitio edicto.* Conſequenter nec vſuras, *argumento l. Lecta, verſ. Sed cum ſortis, ff. ſi cert. pet.*

Contrariam ſententiam ſecuti fuêre Bald. & Caſtrenſ. *in l. 2. C. de vſuris.* Alexand. *in conſil. 147. numer. 4. lib. 5.* Dec. *in conſil. 119. colum. 3.* Cagnol. *ad d. l. Curabit, num. 31.* Ioan. Baptiſt. Lupus *ibid. numer. 142.* Couuarr. *lib. 3. variar. reſolut. c. 4. Illat. 12.* Dominus meus Cephalus *in conſil. 609. lib. 4.* quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ſatis euidenter ex l. Iul. §. ex vend. ff. de act. empt. [*Ex vendito,* inquit textus, *actio venditori competit ad ea conſequenda, quæ ei ab emptore præſtari oportet. Veniunt autem in hoc iudicium infrà ſcripta. In primis pretium, quanto res venit. Item vſura pretij poſt diem traditionis. Nam cùm re emptor fruatur, æquiſſimum eſt eum pretij vſuras dependere. Poſſeſſionem autem traditam accipere debemus, etiamſi precaria ſit poſſeſſio. Hoc enim ſolum ſpectare debemus, an facultatem habeat fructus percipiendi.*]

His poſtremis verbis probatur ſententia ſuprà dicta: Nam precaria poſſeſſio, non eſt libera poſſeſſio, & tamen emptor vſuras cogitur præſtare. Rurſus ait text. [*Hoc enim ſolùm ſpectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi;*] Vnde, ſic argumentari licet: In propoſita quæſtione emptor facultatem habet fructus percipiendi, ergo tenetur vſuras ſoluere, licèt venditor

ditor non adimpleuerit pro parte ſua contractum.

Ex quibus ceſſat fundamentum contrariæ opinionis, quoniam vſurarum præſtatio non ex mora emptoris procedit, ſed ex æquitate illa, ne re & pretio quis fruatur, ſed ſi emptor fructus perceperit, vſuras pro fructuum perceptorum ratione pendat.

Tertiò, controuertitur, vtrum iuſtè, & abſque vſuræ labe conuenire venditor cum emptore poſſit, donec pretium rei venditę, putà pretij, vel alterius rei fructiferæ numeretur, aliquid certi annuatim pendatur. Et quidem eam conuentionem tanquam fœneratitiam damnant, Dec. *in conſil.* 116. 119. 183. Socin. ſen. *in conſ.* 130. *lib.* 4. Crauet. *conſ.* 189. *verſ. Tertius eſt caſus.* Sylua. *in conſil.* 10. *numer.* 46. D. Cephal. *in conſ.* 290. *lib.* 2. Simon Præt. *in conſil.* 189. Franciſc. Marc. *deciſ.* 891.

Argumenta hæc ſunt. Vbi ad ſoluendum ſortem debitam conceſſa eſt debitori dilatio, non tenetur ad vſuras præſtandas, quia neque eſt in mora regulari, neque in mora irregulari, *vt loquuntur Doctores l. Lecta, verſic. Sed cùm fortis. ff. ſi cert. pet.* Ergo iniuſta eſſe videtur ea conuentio, quæ illum obligat ad præſtationem vſurarum, cùm de iure non teneatur.

Secundò. Aut dicimus eam ob cauſſam vſuras deberi, quòd emptor pretium retineat; & hoc abſurdum eſſe videtur, quia tunc pecunia pareret pecuniam, contra naturam, & iura. Aut eam ob cauſſam, quòd res vendita videatur eſſe locata emptori, donec pretium ſoluerit; & hoc dici non poteſt, quia nemo conducit rem ſuam, *l. Qui rem, C. locati.* Rei autem dominium in emptorem, cui res eſt tradita, transfertur, *l. quod vendidi, ff. de contrah. empt.* etiamſi pretium non ſit numeratum, ſi modò habita ſit ei fides de pretio, §. *Item venditæ, in Inſtitut. de rerum diuiſ.* Aut ex æquitate l. Curabit, volumus eſſe locum vſurarum præſtationi; & hoc non videtur dici poſſe, quia emptor dilationem habet ad ſoluendum pretium, quæ circumſtantia proculdubio non eſt in ſpecie illius legis. Fructus verò ſuos facit, tanquam rei dominus, ac iuſtus poſſeſſor, *l. fructus, C. de act. empt.*

Tertiò. Nemo poteſt abſque vſuræ labe cariore pretio rem vendere ob conceſſam dilationem ad ſoluendum pretium, *c. in ciuitate, de vſur.* Videretur autem hoc in caſu carius vendere, exigendo annuum cenſum, ſeu penſionem.

Quartò, ex Antonij Butrij ſententia *in c. ſalubriter, de vſur.* non licet viro vſuras dotis non ſolutæ petere ab vxore, cui ad ſoluendam dotem dilationem conceſſit. Ergo, multò minus venditori licebit, ab emptore eas exigere.

Quintò, cùm dubium & incertum ſit, quantum ex fructibus emolumenti perceptutus ſit emptor, non videtur licere, certam taxare quantitatem vſurarum, ex communi ſententia Canoniſtarum, *vt per Ioan. Andr. Ant. Butr. & alios, in c. Salubriter, de vſur. Rom. in conſil.* 520. *Petrum Rebuffum in repet. l. vnica, in Gloſſ. vlt. num.* 34. 35. *C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt, &c.*

Verùm iſtis non obſtantibus, eorum ſententiam probabiliorem eſſe iudico, qui eiuſmodi conuentionem, & pactum approbant, & abſque vſuræ crimine fieri poſſe contendunt, ſi modò vſuræ taxatæ quantitas non excedat fructuum quantitatem, qui veriſimiliter ex re vendita percipiuntur, ac percipi poſſunt. *Ita Caſtr. ad l. Iulian. §. Ex vendito, ff. de act. empt. Alex. in conſ.* 121. *num.* 4. *lib.* 5. *Dec. in c. cùm venerabilis, numer.* 14. *de except. & in conſ.* 112. *col. vltim. Pariſius in conſ.* 60. *nu.* 3. *lib.* 1. *Cagn. ad d. l. Curabit, nu.* 57. *Couarr. var. reſol. lib.* 3. *c.* 4. *num.* 5. *Anchar. quæſt.* 33. *in* 2. *part. Ioan. Baptiſt. Lup. in d. l. Curabit, num.* 145.

Probatur hæc ſententia, quia ſi nulla dilatione data ad ſoluendum, tenetur emptor vſuras præſtare ex æquitate l. Curabit, Ergo nihil prohibet, quin id ipſum, quod lex probat & conſtituit, in conuentionem & pactum deduci queat.

Sed & hanc ſententiam iuuat, quòd approbatur in contractu mutui ea conuentio, vt donec pecunia credita reſtituatur, aliquid præſtetur pro lucro creditoris ceſſante, vel damno emergente. *Sicuti tradunt Hoſtienſ. Abbas, & Ananias in d. c. Salubriter, de vſuris, Alex. in conſil.* 228. *lib.* 2. *Couuar. alios citans loco proximè annotato.*

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, Vſuras in propoſita ſpecie deberi ac præſtandas eſſe, non ex mora, ſed ex conuentione, quæ non pugnat cum lege, ſed concordat.

Ad ſecundum reſpondeo conuentionem eſſe legitimam ex æquitate d. l. Curabit, Nam cùm emptor re fruatur, æquum eſt eum vſuras pretij non ſoluti pendere, *vt ducebat l. C. in l. Iulia. §. ex venditio, ff. de act. empt.* Nec dicimus in ſpecie d. l. Curabit, eam dilationem emptori fuiſſe conceſſam ad pretium ſoluendum, ſed ex eo, quod conceſſa eſt, venditorem iuſtè paciſci, vt vſuræ præſtentur; Aliud reſpondendum foret, ſi dilatio ad ſoluendum concederetur nulla vſurarum præſtandarum pactione interpoſita.

Ad tertium reſpondeo, venditorem carius rem non vendere, ſed vſuras conſequi pro ratione fructuum ab emptore perceptorum. Id enim æqualitas iuſtitiæ commutatiuæ poſtulat.

Ad quartum reſpondeo, Antonij Butrij ſententiæ oppoſitæ in argumento obſtare aliorum magis receptam traditionem, maritum iuſtè vſuras paciſci, donec dos ſoluatur. *Vide Arch. & Abbatem, in d. c. Salubriter, Baldum Nouellum de dote, priuil. 3. part. 7. Alexand. in conſil. 31. lib. 6. Couuarr. loco proximè citato, in 4. & 5. illatione.*

Ad vltimum reſpondeo, ſententiam noſtram intelligi & loqui, quoties taxata quantitas veriſimiliter reſpondet fructibus percipiendis ab emptore, quo caſu nihil obſtat, *vt declarant Dd. in d. c. cùm venerabilis, numer. 14. de except. Couuarr. & Rebuff. locis ſuperius annotatis.*

Solet autem ad tollendam omnem dubitationem, hoc conſilium dari venditoribus, vt rei dominium apud ſe retineant, donec eis pretium exſoluatur, & interea locent certa conſtituta penſione emptori rem venditam, *vt tradunt Panorm. in conſ. 121. lib. 1. Socin. ſen. in conſ. 88. num. 14. Socin. iun. in conſ. 66. num. 7. lib. 2. Cagn. ad d. l. Curabit, num. 41. Couuar. loco annotato in 9. illatione, Andreas Gail, lib. 2. Obſeruat. 3. in fine.*

Caput XXXIII.

De l. Quoties, C. de rei vend. an locum habeat in perſonis Eccleſiaſticis vendentibus.

CVM quis eandem rem duobus vendidit, eum conſtat in obtinendo dominio eſſe potiorem, cui priori res eſt tradita. Sed an & in perſonis eccleſiaſticis vendentibus idem iuris ſit, non eſt eadem omnium ſententia.

Negant enim idem eſſe ſtatuendum Hoſtienſ. & Io. And. *in cap. continebatur, de his quæ fiunt à maiori par. Capituli.* eo quod minimè deceat quenquam decipi à viris Eccleſiaſticis, *vt in Clement. cùm illuſio, de renunc. c. hoc ius porrectum, 10. quæſt. 2.* Huc accedat text. in c. cùm inter Canonicos, de elect. in c. cùm autem, de iure patronatus, quibus in locis patet, priorem in tempore præferendum eſſe, tanquam potiorem.

Affirmant verò idem eſſe ſtatuendum etiam in perſonis Eccleſiaſticis, Panorm. Butr. & alij magis communiter, *in d. c. continebatur, Alex. conſil. 122. lib. 5. Iaſon in d. l. Quoties, num. 19. Socin. ſen. in conſ. 29. lib. 4. Couuar. var. reſol. lib. 2. cap. 19.*

Ego poſteriorem hanc affirmantem ſequor. Nam Iuris Ciuilis regulæ & traditiones, etiam iure Canonico ſunt receptæ ijs exceptis, quæ reprobantur expreſsè, *vt patet ex c. 1. & 2. de operis no. nunc.* Quare & regula d. l. quoties, Iure Canonico recepta eſſe videtur. Conſequenter, nihil proponitur, cur inter perſonas Eccleſiaſticas locum non habeat eadem Iuris Ciuilis Conſtitutio; Niſi quis doceat, Eccleſiaſticos viros venditione ſola rerum dominium in emptorem abſque traditione transferre, aduerſus alias Iuris Ciuilis regulas, *l. Traditionibus, C. de pactis.* ſi enim in poſteriorem emptorem facta traditio, facit, vt dominium transferatur, ſequitur eum eſſe in obtinendo dominio potiorem eo, cui priori res eſt vendita, quæ ſententia eſt d. l. Quoties.

Nec mouet illud quod dicitur viros Eccleſiaſticos alienos eſſe oportere à ſimilib.

dolis

dolis, & deceptionib. Quia hæc ratio probare eos grauius hoc in caſu peccare, & puniendos eſſe, quam laicos homines, qui ob eam cauſſam incidunt in crimen ſtellionatus, *vt patet ex l.1. & 2. C. de crimin. ſtellio. & l.1. & ſeq. ff. eod. tit.*

Regula vero iuris Canonici: Prior tempore, potior iure, ſimilis eſt iuris Ciuilis Regulæ, quæ idem ſtatuit. Sed ab vtraque ſpecies, de qua loquimur, excipienda eſt, niſi velimus iniuriam facere conſtitutioni d.l. quoties. C. de rei vendicat. vide etiam hac de re Piſtorium, *lib. 2. parte poſteriori, q. 29. num. 27.*

CAPVT XXXIV.

Venditio an probetur, ſi teſtes de certo pretio non teſtificentur.

TRes ſunt Doctorum ſententiæ hac de re: Prima, venditionem probari, quia vēditio facta eſſe intelligitur iuſto pretio. *Ita Bald. ad l.1. C. de reb. alienis non alien. Rom. in conſ. 91. nu. 7. And. Siculus in conſ. 90. col. 1. lib. 3.*

Secunda non probari. *Ita Romanus ſibi cōtrarius ſing. 740. Marſil. ſing. 38. Alex. in cōſ. 128 n. 4. lib. 2. Dec. in conſ. 57. n. 5. & alij à Maſcardo citati de probat. vol. 3. concl. 1401.*

Tertia: Diſtinguendum. Aut res agitur inter emptorem & venditorem, altero affirmante, altero vero negante venditionem, & teſtibus affirmantibus venditionem factam, non autem de pretio teſtificantibus, de quo tamen contentio erat inter emptorem & venditorem, & tunc poſterior ſententia vera eſt. Aut res agitur inter venditorem, qui rem poſſidet, & alium, & contentio eſt an rem illam emerit, eo fine, vt præſcriptionem allegare poſſit, & tunc prior ſententia obtinere debet. *Ita Alexand. & Iaſ. in l. ſi duo patroni. §. Marcellus. ff. de iureiur. Afflict. deciſ. 83. n. 6. Ioſephus Ludou. deciſ. Peruſina 44. in 1. parte, & alij à Maſcardo citati loco annotato, nu. 11. & 12.*

Eo magis probo eorum ſententiam, qui negant venditionem probari, quia venditionis ſubſtantia conſiſtit ex re & pretio, *§. pretium, Inſtit. de empt. & vendit.* Proinde: ſi de pretio non conſtet, nec de ipſa venditione conſtare videtur.

Et nota eſt doctrina illa, Teſtibus fidem adhibendam non eſſe, qui non plene teſtificantur, vtpote, non plene & ſufficienter informati, *vt notatur in l. Lucius. ff. de his qui notantur infamia.*

Tempero hanc meam ſententiam, vt locum non habeat, cum teſtes dicunt rem fuiſſe venditam certo pretio, licet iam ipſi non recordentur, quantum fuerit, & ſimul talis eſt cauſſa, in qua de pretij quantitate non diſputatur, ſed de titulo duntaxat venditionis, ad finem præſcriptionis vel dominij probandi contra tertium, qui non vendidit. Hoc vero temperamentum ex lege non didici, ſed ratio id me docuit, ſatis vt mihi videtur, manifeſta.

CAPVT XXXV.

Tres controuerſiæ circa litis denunciationem, quam venditori emptor facere tenetur.

INter omnes conſtat, vt emptori euictionis nomine aduerſus venditorem ſit cōſultum eundem denunciare litem motam oportere, ſed controuerſia eſt, primo an ſufficiat ſimplex litis motæ denunciatio venditori facta, an vero præterea inſtādum & petendum ſit, vt venditor ad defendendum veniat.

Deinde, an ſit neceſſe in ipſo denunciationis libello inſerere acta litis motæ aduerſus ipſum emptorem?

Tertio, an hæc ſolennis denunciatio neceſſaria ſit, etiam quando venditor ſcit litem motam emptori, & quæ acta ſunt, nouit.

Quod attinet ad primum, tres ſunt Doct. ſententiæ. Prima, ſufficere ſimplicem intimationem, ſeu denunciationem litis. *Ita Bald. ad l. emptor. C. de euict. Salic. ad l.1. C. de periculo & commodo rei vend. Ioan. Imol. in c. vlt. de empt. & vend.*

Fundamentum eſt potiſſimum in l. ſi cum quæſtio, C. de euict. [*Si cum quæſtio, inquit, tibi ſuper eo, quem comparaueras, mouetur*

autorem tuum certum feciſti, nec citra Iudicis diſceptationem, eum, quem emeras tradidiſti, Praeſes prouinciae in da nu, quae te toleraſſe memin ſti, medelam Iuris adhibebit.]

Altera eſt ſententia, non ſufficere ſimplicem litis denunciationem, ſed emptorẽ inſtare, & petere ſimul debere, vt venditor ipſum defendat. *Ita Bart. in l. non ſolum, §. morte, num. 51. ff. de oper. no. nunc. Abb. in c. vlt. de empt. & vend. Fel. in c. cum M. Ferrarienſis, n. 65. & ibid. Ripa, n. 166. de Conſtit. Cagnol. ad l. venditor. ff. de iud. Alciat. ad l. deteſtatio. ff. de verb. obl. nouiſſime Caballinus de euictio. §. 3. nu. 21.*

Fundamentum eſt in multis legibus, quibus agitur de tali denunciatione, in hunc modum, vt venditor liti aſſiſtat, vel cauſam inſtruat, & ipſum emptorem defendat, *l. 1. C. de peric. & commo. rei vend. ibi: Vt cauſa agendae adeſſet, l. ſi rem, 1. §. vlt. de euict. ibi: Vt de ea re agenda adſit, l. ſi parentes. C. eod. ibi: Nec vobis, vt defenderetis denunciatum probetur, leg. empt. actio. C. eodem, ibi: Interpellare venditorem ſiue ſucceſſorem eius, debet, vt ſibi aſſiſtant, cauſamque inſtruant, l. cum ſucceſſores. C. eo. ibi: Aſſiſtere negotio denuncia. l. venditor. ff. de iudi. l. ſi prius. §. Mota. ff. de euict. l. qui abſentem. ff. de procur. c. vlt. de empt. & vend.*

Tertia eſt opinio diſtinguentium. Aut vẽditor aliunde nouit litem motam, quam ex relatione emptoris, & tunc procedat poſterior ſententia, quae illud exigit, vt emptor petat ſe defendi: Aut ſcit litem motam ex relatu ipſius emptoris, & tunc vera ſit prior ſententia, quae docet ſimplicem denunciationem ſufficere. *Ita Bald. in l. 1. C. de periculo & commod. rei vend. & ibi etiam Salicet. Alex. in l. non ſolum. §. Morte, n. 45. ff. de oper. no. nunc. & ibid. Iaſ. num. 39. Ant. Burg. in c. vlt. nu. 4. de empt. & vend. Couar. lib. 3. variar. reſol. c. 17. ſub nu. 5. verſ. Tertio adhuc.*

Fundamentũ eſt, quia cum emptor certiorem facit venditorem de lite mota, tacite videtur petere, vt veniat ad ſe defendendum, *argum. d. l. ſi cum quaeſt.* Haec autem ratio ceſſat, vbi aliunde, quam ex ipſo emptore venditor litem motam intellexit. Iccirco tunc neceſſe eſt, vt emptor eum interpellet, vt cauſam defendat.

Mihi verior videtur eorum ſententia, qui dicunt neceſſariam eſſe denunciationem, & ſimul etiam eam interpellationem, vt venditor ad defendendum veniat.

Probatur haec ſententia ſatis euidenter ex legib. ſuperius allegatis, in quibus ſemper ſit mentio talis interpellationis, quod ſane fruſtra poſitum non videtur.

Huc accedat, quod niſi ſic venditor interpellatus fuerit, probabiliter exiſtimare poteſt, emptorem per ſe ipſum cauſam defenſurum. Et nota eſt iuris Regula, Eum qui tenetur ad aliquid faciendum, in mora nõ conſtitui, niſi fuerit interpellatus, *l. mora. ff. de vſur. l. ſi ex legati cauſa, & l. ſi inſulam, ff. de verbor. oblig. Decius in l. quod te, n. 44. ff. ſi cert. pet. & in conſ. 2. n. 7. Socin. ſen. ad l. 2. §. voluntate, n. 21. ff. ſolut. matrim.*

Ad l. ſi cum quaeſtio, C. de euict. reſpondeo, licet illa lex nullam faciat mentionem eius interpellationis, vt venditor defendat, ſed tantum denunciationis litis, debet tamen ex alijs legibus clarioribus, eam interpellationem requirentibus, interpretari & declarari. Vna enim lex ex altera declaratur. *l. Vtrum, ff. de petitione hared. l. ſed & poſteriores, ff. de legib.*

Non obſtat, quod Doctores diſtinctione vtentes, dicunt, vbi ſit ab emptore denunciatio, tacite ineſſe eam interpellationem, vt venditor ad defendẽdum accedat. Quia id negari poteſt. Etſi enim ea fortaſſe denunciantis emptoris mens fuerit, non tamen certus eſt venditor, emptorem egere ipſo defenſore, & ſe ad id faciendum interpellari. Haec de primo.

Quod attinet ad ſecundum, Etſi Ludou. Rom. *ad l. non ſolũ, §. morte, ff. de oper. nou. nunc.* exiſtimauerit, neceſſe nõ eſſe, vt libello ſeu denunciationi inſerantur acta & geſta contra ipſum emptorem, quoniam venditor ſimplici emptoris verbo, ſi bonus vir reputetur, credere debeat, *argumen. l. Argentum. ff. commod. & eorum, quae notantur in l. Titio fundus, ff. de cond. & demonſt. Et idem ſentire Angelus videatur in l. emptor, C. de euict.* tamen contraria ſententia longe verior & communior eſt. Nam neceſſe fore, vt exemplum citationis & libelli eius, qui contra emptorem de re empta litem inſtituit, edatur venditori

ſimul

ſimul cum denunciatione litis, tradit Bart. *in d.l. non ſolum, §. morte, n.48. ff. de ope. no. nunc.* Alexan. *ibi. n.43. Iaſ. n.38.* Ripa *n.163.* Coua. *lib.3. var. reſol. c.17. nu.5.* Caball. *de euict. nu.33.* Cagnol. *ad l. venditor, ff. de iud.*

Probatur hæc ſententia ex Clem. *Cauſam. §. vlt. de elect.* vbi ponitur forma denunciationum, ac intimationum fiendarum, non ſolum in ſpecie, de qua ibi, ſed in alijs omnibus, & inter cætera conſtitutum eſt, vt libelli & citationis tenor imitationi inſeratur. Merito, vt videlicet is cui inſinuatio facienda eſt, ſciat, quid ſibi faciendum ſit, & deliberet, an cedere vel contendere velit. Hæc de ſecundo.

Quod attinet ad tertium: denunciationem non requiri, quoties venditor ſcientiam habet litis motę, dixerunt glo. & Bald. *in l. emptor. C. de euict. vbi etiam* Cyn. Io. Imol. *ad l.2. §. voluntatem, ff. ſolut. matr. & in c. vlt. de empt. & vendit.* Alexand. *in d. §. voluntate. numer.12.*

Fundamentum eſt, quia certus non eſt certiorandus *l.1. ff. de act. empt. c. Eum qui certus eſt, de reg. iur. lib.6.*

Sed contraria ſententia verior & communior eſt, nempe, litem etiã ſcienti venditori denunciandam eſſe. *Ita Bart. in d. l. non ſolum, §. morte. n.42. ff. de oper. nou. nunc. & in l. denunciaſſe. ff. ad l. Iul. de adul. Specul. tit. de empt. & vendit. §. vlt. & ibi Io. Andr. in Addit. Pan. in c. vlt. de empt. & vendit. Dec. in conſ.74. Felin. in c. cum ille, nu 65. de conſti. & ibi Ripa, nu.166. Capella Tholoſana, q.407. Viuius commu. opi. in ver. venditor. Couar. lib.3. Variar. reſolut. c.17. nu.5. Caballinus de euict. §.3. n.4.*

Probatur hæc ſententia, quia denunciatio fieri debet, non in eum tantum finem, vt venditor ſciat litem motam, ſed vt interpelletur & requiratur ad defendendum & aſſiſtendum cauſæ & emptori, vt dictum & concluſum eſt ſupra in prima huius capitis controuerſia. Simile videmus in ſpecie leg. ſ denunciaſſe, ff. ad l. Iuli. de adult.

Ex his patet reſponſio ad Regulam, Certus non eſt certior[a]ndus, quia non procedit hoc in caſu, cum certioratio ſit neceſſaria, vt ſimul etiam interpelletur venditor; quod non facit ſola ſcientia eius, qui interpellandus eſt. Cætera argumenta ex l. vltim. ff. de tranſactio. iuncta l.3. C. de nouatio. leuiora ſunt; quam vt confutatione indigeant.

CAPVT XXXVI.

Aliæ duæ controuerſiæ tractantur de eadem euictionis materia.

EST etiam controuerſia inter Doctores, Si venditor ſciat emptori litẽ eſſe motam, an requiratur interpellatio & denunciationis acceſſit. Et neceſſariam interpellationem, ſeu denunciationem nõ eſſe docet Alex. *ad l.2. §. voluntate. ff. ſolu. matr.* Andr. Sicul. *in c. vlt. de empt. & vendit. & ibi etiam Anton. Burg. n.11. Claudius Seyſſellius & Anton. Rubeus, in l. non ſolum. §. Morte. ff. de oper. no. ille nu. 202. iſte n.687. Ioan. Lup. in c. per veſtras, §. vlt. n.31. de donat. inter vir. & vxo. Purpuratus ad l. quod te, n.92. ff. ſi cert. peta.*

Fundamentum eſt, quia iuramentum conſtituit in mora obligatum abſq; interpellatione ex communi Doctorum ſententia, *vt per Doctores in c. Breui, de iureiur. Gabriel. commun. conclu. tit. de iureiur. concl.2. Seraphinũ Senenſem, de priuileg. iuram. c.37.* Conſequenter, ſi venditor iurauit ſe defenſurum emptorem, tenetur eum defendere etiam non interpellatus.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Socin. ſen. *in d. l.2. §. voluntate, num.21. ff. ſolut. matr.* Alciat. *ad l. quod te, in ver. intelligere debe res. ff. ſi certum peta.* Rebuffus *de dilationib. artic.5. Glo. vnica, nu.36.* Caballinus *de euict. §.3. nu.54. & ſeq.*

Fundamentum eſt, quia iuramentum ſequitur naturam contractus, ſuper quo interponitur, c. quemadmodum, de iureiur. ſed ex natura contractus tenetur emptor venditori litem denunciare, eumq; requirere, vt cauſam defendat. Ergo idem eſt reſpondendum, etiamſi iuramentum ſuæ adiecerit obligationi, ac promiſſioni.

Didacus Couar. *lib.3. Variar. reſol. cap.17. in 5. Illatione,* priori ſententiæ adſtipulatur, quoties venditor iureiurando nominatim.

tim promiſit ſe emptorem defenſurum, ſi quæſtio ei moueatur de re vendita. Quod ſi ſimpliciter promiſerit, ſe omnia & ſingula ſeruaturum, tunc poſteriorem ſententiam magis probat. Atque idem docet Ripa, *in d.l.2.§.voluntate,n.18.ff.ſolu.matr.*

Sed quoniam iuramentum moribus noſtris ita ſolet in contractu venditionis adhiberi, vt prius quæ conuenta ſunt præcedant, & inter alia vēditor promittat ſe defenſurum emptorē, & rem venditam, tandem Clauſula ſubijciatur Iuriſiurandi, exiſtimarem in hac ſpecie eorum ſententiam æquiorem, qui nullam exigunt denunciationem aut interpellationem. Nam, vt denuncietur ei qui iam certus eſt, opus non videtur, *c.eum qui certus eſt, de reg.iur.lib.6.* Vt vero interpelletur is, qui promiſit ſe facturum iureiurando interpoſito, neceſſe non eſt. Argumento ſumpto ex §.*Licet, tit.ſi de feudo defuncti cōtentio ſit inter dom.& agnat.* ibi: [*Si tamen ſciat ei magnum periculum imminere, vltro adiutorium ſuum ei debet præbere.*]

Reſpondent cōtrariæ ſententiæ authores, illud ſpecialiter conſtitutum fuiſſe in feudo, ac Vaſallo, quod proinde non eſt trahendum ad conſequentias.

Non recte, quia non ſolum ex iure feudali id receptum videtur, ſed ex communi etiam Doctorum ſententia, qua dicimus iuramentum operari, vt in mora quis conſtituatur abſque interpellatione, de cuius tamen veritate inferius tractabitur, *lib.3.*

Nec obſtat, quod reſpondet Caballinus, contrarium probari ex c.Breui, de iureiur. Quia nihil minus probat ille text. Quærit ſummus Pontifex, an is, qui in iureiurando promiſit ſe defenſurum, ſi requiſitus appellet, periurus dicatur, & decidit, periurum eſſe nec talem appellationem eum excuſare. Vtrum autem requiri debeat, non decidit Pontifex.

Non obſtat argumentum contrariæ opinionis, nempe, iuramentum ſequi naturam contractus, neque in plus obligare iurantem, quam ex ipſo contractu obligetur. Nam ſatis eſt, ſi obligetur efficacius ex vinculo iuramenti, quod ſane omnes fatentur. Cum enim efficacius obligetur, ſequitur dicendum, nulla opus eſſe interpellatione, quia venditor iam ſcit ſe teneri, & iuramenti vinculum eum ſatis vrgere debet, *vt dicebat Spec.tit.de aduocatis.§.1.*

Nec valet illa Alciati ratio, venditorem ex eo, quod non requiritur, credere poſſe, emptorem defenſore non indigere. Quia iam nouit ſe promiſiſſe defenſionē, & credere debet, ſe non requiri ab emptore eam ob cauſam potius, quod is putet eum vltro acceſſurum ad defendendum.

Sequitur & alia controuerſia, Venditor nouit litem motam, & inſtrumenta pertinentia ad cauſæ defenſionem habet penes ſe, an teneatur emptorem vltro defendere, etiam non requiſitus? Et teneri dixit Bald. *ad l.primam. C.de periculo & commo. rei vend.* Aufrerius *in addit. ad deciſ. Capella Tholoſana* 407.*in tertia limitatione.* Anton.Burgos, *in c.vlt.nu.11.in 5.limitatione, de empt.& vend.*

Argumentum ſumunt ex l. Iulianus.§. idem Iulianus, & ex l.Titius cum decederet, ff. de act. empt. Quæ quidem leges id non probant, ſed tantum docent venditorem nihil dolo facere debere, & à venditionis contractu dolum abeſſe oportere.

Ideo contrariam ſententiam veriorem eſſe cenſeo, quam amplexi fuere Ripa, *in d.l.2.§.voluntate, poſt n.19.ff.ſolu.matr. Caballin. de euict.§.3.n.72.* Nam cum leges denunciationem & interpellationem requirentes hunc caſum non excipiant, nec nos eum excipere quaſi noua lege condita, debemus. Nec ratio nobis ſuppetit, cur eum caſum excipere debeamus.

CAPVT XXXVII.

Vtrum emptori de euictione actio competat, quando litis denunciationem omiſit, ſed tamen conſtat, rem defendi non potuiſſe.

GRauis eſt controuerſia apud interpretes: Vtrum emptori, qui litem vēditori, non denunciauit, actio de euictione detur, ſi conſtiterit etiam denunciatione facta rem defendi non potuiſſe.

Raphael

Raphael Fulgoſ. ad l. ſi ideo. ff. de euict. affirmat hoc in caſu actionem emptori eſſe dandam, refert & ſequitur Alexand. in l. Non ſolùm. §. morte, numer. 46. ff. de oper. no. nunc. Idem docuit Imolenſis, in cap. vltim. de empt. & vend. colum. vltim. Idem Alexand. in conſil. 67. lib. 3. & in conſil. 63. colum. vltim. lib. 6. Socin. iun. in conſil. 120. num. 11. & 12. lib. 3. Natta in conſil. 232. numer. 5. & 462. numer. 8. Aufrerius ad Capellam Tholoſ. quæſt. 407. in 6. limitatione. Rebuff. de dilatione, artic. 5. num. 38. Alios citat Couuarr. lib. 3. variar. reſolut. c. 17. in 6 illatione, & alios Caballinus de euict. §. 3. num. 73.

Argumenta magis præcipua hæc ſunt. Lex emptori negat actionem de euictione contra venditorem, ſi ei litem non denunciauerit, quia præſumit eo caſu rem euictam fuiſſe, quoniam is malè inſtructus, cauſſam defendere non potuerit, l. ſi fundo, §. vltim. ff. de euiction. Ergo ſi manifeſtè conſtet cauſam defendi non potuiſſe, licèt ipſe emptor optimè à venditore inſtructus ac defenſus fuiſſet, actio competere debet. Ceſſante enim ratione legis, ceſſat lex, iuxta regulas vulgares.

Secundum argumentum. Non poteſt emptor agere de euictione, niſi per ſententiam iudicis res euicta fuerit; Si enim ipſe rem litigatori cedat, non eſt quòd dicat ſibi venditorem euictionis nomine obligatum eſſe, l. ſi dictum. §. 1. ff. de euict. l. ſi cùm quæſtion. C. de eodem titul. l. At qui natura. §. At cum me. ff. de nego. geſt. l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. Et tamen ſi certum ſit cauſam defendi non poſſe, licèt ipſe venditor rem non defendat, de euictione actionem habet, l. emptorem, ff. de action. empt. Ergo idem iuris eſſe videtur, cùm emptor denunciationem omiſit, cùm certum eſt defendi cauſam non potuiſſe.

Tertium argumentum eſt à ſimili. Nam citatio non requiritur eius, cui ius non competere manifeſtum eſt, l. 2. §. Quod de frumentaria. ff. de admin. rer. ad Ciuit. pertinent. Sic etiam non requiritur excuſſio debitoris principalis, vt agi poſſit contra fideiuſſorem, vel te[illegible], cùm manifeſtè conſtat eum ſoluendo non eſſe. Vide Neguzan. de pign. 1. membro, 8. parte, numer. 31. Gabriel. Commun. concluſ. lib. 3. tit. de fideiuſſor. concluſ. 1. numer. 50. Ergo & denunciatio, de qua agitur, neceſſaria non eſſe videtur, vbi conſtat nullum ius competere, quo defendi emptor poſſit.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt gloſſ. Bartol. & Salicet. ad l. emptorem. ff. de act. empt. Angel. Aretin. in §. vltim. in Inſtitut. de empt. & vend. Decius in conſil. 74. ad finem. Socin. ſenior ad l. 2. §. Voluntate, ff. ſolut. matrim. licèt dubitare videatur.

Argumenta magis præcipua hæc ſunt. Leges denunciationem exigunt, & non excipiunt eum caſum, de quo agitur. Ergo nec nos excipere debemus, argumento l. de pretio, ff. de publicia.

Secundum argumentum. Lex præſumit ſententiam iudicis eſſe iuſtam, leg. Herennius. §. Caia. ff. de euict. Et tamen re euicta per ſententiam iudicis, actionem emptori non concedit euictionis nomine, niſi is venditori litem denunciauerit, l. empti actio, l. ſi parentes. C. de euict. & ſuperius dictum eſt. Ergo lex non conſiderat iuſtitiam, vel iniuſtitiam cauſſæ, ſed an denunciatio facta fuerit ipſi venditori.

Tertium argumentum. Cùm res euincitur nulla denunciatione facta venditori, lex præſumit euinci propterea, quòd emptor malè inſtructus cauſam defendere nequiuerit, l. ſi fundo. §. vltim. ff. de euict. Et hæc præſumptio videtur eſſe iuris, & de iure, vt loquuntur noſtri, quia ſuper ea lex fundatur & ſtatuit; Conſequenter, non admittitur probatio in contrarium, vt notatur in c. is qui fidem, de ſponſalib. & in Authent. Sed iam neceſſe. C. de don. ante nupt.

Ioan. Franciſc. Ripa, ad d. l. 2. §. voluntate. diſtinguit; Aut tempore litis motæ, notum erat venditori nullam defenſionem competere; & tunc non eſt quòd emptori imputetur cur denunciationem omiſerit. Aut id eo tempore non erat notum, ſed poſtea apparuit, & tunc ſecùs.

Alij dixerunt, omiſſa denunciatione agi nihilominus poſſe de euictione, ſed ad ſimplum tantum, facta verò denunciatione ad duplum. Item nunc actionem emptori competere, cùm probauerit notorium

ctum fuiſſe, nullam venditori defenſionem competiiſſe. Secùs verò ſi non probauerit, *vt videre eſt ex Couuarr. var. reſolut. lib. 3. cap. 17. in 6. Illatione.*

Ego priorem ſententiam, & communiorem & veriorem exiſtimo, eamque confirmo argumento à ſimili. Nam in conductore ita conſtitutum eſt, vt ſi iuſtam habeat cauſam deſerendi rem conductam, eamque deſerere velit, id ipſum locatori denunciare debeat, *l. Item quæritur. §. Exercitu. ff. locati.* ſi tamen non interſit locatoris denunciationem eſſe factam, nulla ei competit exceptio eo nomine, quòd non fuerit facta denunciatio, *ita Ripa, in tracta. de peſte, in præludijs de priuilegijs contractuum cauſa peſtis, numer. 23. AEgid. Boſſ. de remiſſ. merced. numer. 52.*

Porrò probandum eſſe iudico ab ipſo emptore hoc ſuæ intentionis fundamentum, nempè venditorem nullam habuiſſe defenſionem, ſicuti docent Anton. Burg. *in d. cap. vlt. de emptio. & vendit.* & Couuarr. *loco annotato,* quanquam Imola, *in d. c. vltim.* ſecùs ſentire videatur, *ſicut patet ex Crauetta, in conſil. 83. num. 6. & 179. num. 6.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ ſic reſpondeo. Licèt leges non excipiant eum caſum, ratio tamen ex legibus petita excipiendum eſſe demonſtrat.

Ad ſecundum reſpondeo, leges præſumere pro iudicis ſententia, & tamen actionem euictionis nomine emptori denegare, niſi denunciauerit. Meritò: quia ſi emptor fuiſſet monitus, fortaſſe defendere potuiſſet. Sed dum dicitur, Ergo lex non curat, an cauſa iuſta ſit vel iniuſta, reſpondeo id ſequi, eo caſu, quo denunciatio eſt omiſſa, & dubium eſt, an venditor interpellatus, emptorem defendere potuerit. Sed in re clara & manifeſta, ſecùs eſt præſumendum, neque enim lex fruſtrà requireret interpellationem ac denunciationem, quæ nihil effectura eſt.

Ad tertium reſpondeo, iure non probari quod aſſumitur in argumento, & noſtram diſputationem verſari in ea ſpecie, qua planè conſtat, nullam venditori defenſionem competere.

Capvt XXXVIII.

Vtrum Eccleſia de euictione agere poſſit lite venditori non denunciata; & vtrum clericus venditor, cui lis emptori mota denunciatur, trahere cauſam ad forum Eccleſiaſticum poſſit; Et quid in fiſco.

Eccleſiam agere de euictione poſſe, licèt venditori litem non denunciauerit, ſi venditor litem motam non ignoret, Authores ſunt Baldus, *in l. 1. C. de periculo & commo. rei vend.* Romanus *numer.* 10. & Anton. Rubeus, *num. 711. in l. non ſolùm. §. morte. ff. de oper. no. nunc. Couuarr. lib. 3. var. reſolut. cap. 17. in quarta Illatione, Aufrerius ad Capellam Tholoſanam, quæſt. 407. in ſecunda limitatione. Tiraquell. de priuilegijs piæ cauſæ, Priuilegio 141. & ſeq.* quibus & ipſe adſtipulor.

Fundamentum eſt præclarum, ſolidumque, quia Eccleſia vtitur iure Minoris, *cap. 1. & c. Auditis, de in integrum reſtit.* Sed in minoribus receptum eſt, vt de euictione agere poſſint, ea lite venditoribus (ſcientibus tamen) non denunciata, neque interpellatione facta; Igitur & in Eccleſia idem ſtatuendum eſt. In minoribus autem illud eſt receptum, argumento ſumpto ex *l. in minorum, C. in quibus cau. in integr. reſtitut. non eſt neceſſ.* vbi textus dicit: [*In minorum perſona re ipſa, & ex ſolo tempore tardæ pretij ſolutionis moram fieri.*] Et id procedit tam in contractibus, quàm in legatis.

Cæterùm, Antonius Burg. *in cap. vltim. num. 8. & 9. de empt. & vend.* contrarium docuit, & cum eo Caballinus *de euictionibus. §. 3. num. 102. & 103.*

Mouetur primò ex ca. breui, de iureiur. vbi text. innuit, interpellationem eſſe neceſſariam etiam in Eccleſia, propter verbum (requiſitus) quod in textu eſt. Sed reſpondeo nihil probare, quia non decidit in ea ſpecie ſummus Pontifex, interpellationem eſſe neceſſariam, ſed venditorem requiſitum, vt defendat Eccleſiam, periurum eſſe, ſi eam non defendat, quamuis appellet.

Secundò adferunt text. *in c. Potuit, de locato.* vbi dicitur, diem certam conſtituere in mora emphyteutam Eccleſiæ, & ideo neceſſariam eo caſu non eſſe interpellationem. Ex quo ſumitur argumentum, interpellationem eſſe neceſſariam, vbi dies certa non eſt.

Reſpondeo, diem certam & interpellationem hoc operari in ea ſpecie, vt emphyteuta incidat in pœnam, & hoc probat ille textus. Vtrum autem requiratur interpellatio ad conſtituendum in mora debitorem Eccleſiæ, non deciditur à Pontifice ibi.

Tertiò adferunt argumentum ex Regula iuris, Mora non committitur abſque interpellatione, *l. mora, ff. de Vſuris,* Ergo & in Eccleſia idem reſpondendum eſt, quia contrarium in ea conſtitutum non reperitur. Et licèt in perſona minorum aliud ſit receptum, non debet tamen ad alios trahi.

Reſpondeo, ad Eccleſiam meritò id trahi poſſe, quia illa vtitur iure minoris, *vt declarat ſummus Pontifex in d. c. 1. Auditu, de in integ. reſtitut.*

Illud etiam controuerſum eſt, an Clericus cui lis eſt denunciata, ad defenſionem accedens trahere poſſit cauſam ad forum Eccleſiaſticum.

Commu[illegible] eſt, & vera ſententia, non poſſe. *Ita Bald. [illegible] Lanceilotus, Decius & Albericus, ad l. [illegible]ditor. ff. de iudic. Angel. in l. non ſolum. §. Quod vulgo, ff. de vſucap. Abbas & Anton. Burgenſ. in cap. vlt. de empt. & vend. Item Abbas, in c. quoniam frequenter, §. in alijs, numer. 28. Vt lite non conteſt. & ibidem Anton. Butr. Card. & Socin. num. 127. Anchar. in reg. Ea quæ. q. 17. de reg. iur. lib. 6. Item Socin. in conſil. 91. l. 3. verſic. circa vltimam difficultatem. Aufrer. in Clem. 1. de off. ord. Reg. 2. Fall. 5. Guilielmus Benedictus in c. Raynutius, in verſ. Vxorem nomine Adelaſiam, numer. 417. de teſtam. Couuarr. Pract. quæſt. cap. 8. numer. 3. Idem Aufrerius ad Capellam Tholoſ. q. 360. Rebuff. de dilatio. art. 4. gloſſ. vnica, num. 1. Ripa, in c. 2. numer. 24. de iud. Cagn. ad d. l. venditor, ff. de iud. Caball. de euict. §. 3. num. 110.*

Probatur [illegible] clarè ex l. venditor. ff. de iudic. [*Venditor ab emptore denunciatus* (ait textus) *vt eum euictionis nomine defenderet, dicit ſe priuilegium habere ſui iudicis. Quæritur an poſſit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem cœpta eſt ad ſuum Iudicem reuocare. Paulus reſpondit, venditorem emptoris Iudicem ſequi ſolere.*] Idem habetur in l. 1. C. Vbi in rem actio.

Contrariam ſententiam habuerunt gloſſ. *in c. Nullus Clericum, 11. quæſt. 1.* Specul. *titul. de primo & ſecundo decreto. §. Reſtat verſic. Quid ſi dominus, numer.* 24. Caſtrenſ. & Iacobin. *in d. l. venditor,* Imol. *in d. l. Non ſolùm. §. Quod vulgò. ff. de vſucap.* Ioan. Platea, *in l. 3. C. de iure fiſci lib.* 10. Aretin. *in §. Actionum, num. 19. in Inſtitut. de act.*

Fundamentum eſt in eo, quòd Clericus fori ſecularis præſcriptionem habeat, & coram Eccleſiaſtico Iudice conueniendus ſit, *c. ſi diligenti, de foro competen. c. Clericum nullus, 11. quæſt. 1. cum ſimilibus.*

Item, quia fiſcus ad ſuum Iudicem cauſam reuocare poteſt, *l. 3. C. de iure fiſci, lib.* 10. Ergo & Clericus idem priuilegium habere debet.

Reſpondeo, regulariter quidem Clericum illud ius habere declinandi forum ſeculare. Sed cum in propoſita ſpecie reus conuentus ab actore ſit laicus, rectè apud iudicem laicum conuenitur. Quod ſi ad eius defenſionem clericus accedat, non poteſt actoris cauſam deteriorem facere. Ipſe quidem clericus euictionis nomine apud Eccleſiaſticum iudicem conueniendus eſt, ſed vt poſſit etiam cauſam inter alios laicos inchoatam ad Eccleſiaſticum magiſtratum trahere, neque lege probatur, nec ratione euinci poteſt.

Quòd verò dicitur de fiſco, non eſt adeò exploratum. Etenim, id iuris fiſco competere exiſtimarunt gloſſ. Bartol. & Ioan. Platea, *in d. l. 3. C. de iure fiſci, lib.* 10. Caſtrenſ. & Iacobin. *in d. l. Venditor, ff. de iudic. & ibi etiam Cagnol. Dec. in conſil.* 700. *Capycius deciſ.* 197. *Nouiſſimè Marcus Antonius Peregrinus, de priuilegijs fiſci, lib. 7. tit. 1. num. 9.*

Quorùm fundamentum eſt ex legibus, quæ dicunt cauſas fiſcales cognoſcendas à iudice ipſius fiſci, *l. cum vendente, l. ad fiſcum. C. vbi cauſæ fiſcales, l. vnica. C. de vend. rer. fiſcalium, lib.* 10. *Idem ex d. l. 3. C. de iure fiſci:* [*Si minori pretio, quam res eſt* (inquit textus)

aperta emptoris fraude, vel gratia, quæ obligata ſunt fiſco venierunt, aditus procurator meus, debitam quantitatem inferenti reſtitui ea prædia iubebit.]

Sed contrariam ſententiam amplexi ſunt Bald. *in d. l. 3. C. de iure fiſci.* Ant. Burgenſis *in c. vlt. de empt. & vend. num. 10. & 11. Socin. in d. conſil. 91. lib. 3. colum. penult. Rebuff. de dilatio. artic. 4. gloſſ. Vnica, num. 9. Aret. in Rubr. de except. num. 17. Couarr. pract. quæſt. cap. 8. num. 3. Caballin. de Euict. §. 3. numer. 124.* quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia, quia certum eſt in priuatis ita conſtitutum eſſe, vt venditor emptoris iudicem ſequatur *ex d. l. venditor. ff. de iud.* Sed fiſcus vtitur iure priuatorum præterquam in caſibus exceptis & expreſſis, *vt docet gloſſ. in l. item veniunt. §. in priuatorum. ff. de pet. hær. Dec. in conſil. 5. & alibi.* Ergo & in propoſita quæſtione vtitur iure priuatorum, quandoquidem nullibi contrarium ſit expreſſum, ac iure ſingulari conſtitutum in ipſo fiſco.

Non obſtant leges in contrarium allegatæ; quia cùm non aliud dicant, niſi cauſas fiſcales à Procuratore Cæſaris eſſe cognoſcendas, non efficitur & hanc cauſam à fiſco trahi poſſe ad eum iudicem, cùm iure conſtitutum ſit, vt venditor ad defenſionem emptoris accedens, eius iudicem ſequatur. Nec contrarium dicunt leges allegatæ.

Ad l. 3. C. de iure fiſci reſpondeo. Sententia illius legis eſt. Si res obligata fiſco minori pretio vendatur, (à fiſco ſcilicet) emptoris fraude vel gratia (cùm videlicet fiſcus, vel decipitur, vel emptori gratificatur) dominus rei offerendo debitam fiſco quantitatem, rem ſuam vendicare authoritate Procuratoris Cæſaris interueniente. Meritò hanc rem cognoſcet iudex fiſci, quia in ea ſpecie non ita res agitur, quaſi ipſe actor rei dominus eam à poſſeſſore, cui fiſcus vendidit, ſibi reſtitui petat & is litem fiſco denunciet, qui proinde cauſam ad Procuratorem reuocet, quo modo exiſtimant prioris ſententiæ authores. Sed rei dominus fiſco debitam offert quantitatem, & ſibi rem ſuam reſtitui petit. Fiſcus verò, qui malè rem diſtraxit, petit reſcindi contractum, idque impetrat, quare Procurator Cæſaris rem reſtitui mandat domino ſuo. Huius interpretationis authorem habeo Cuiacium in comment. d. l. 3. [*Infert igitur* (ait Cuiacius) *debitor fiſco debitam quantitatem, non pretium emptori. Fiſcus venditionem reſoluit, & emptori pretium reſtituit. Quid fiet ſi priuatus creditor æquè dolo malo, aut gratioſè pignora minoris vendiderit? Et placet in eo fidem obſeruari, vt ſcilicet offerenti debitori debitam pecuniam, is in hoc teneatur, vt rem, vel id, quod intereſt, præſtet: niſi is ſoluendo non ſit, quo caſu oblato pretio, res ab emptore reuocatur, l. 1. & 3. C. ſi vend. pignor. quod in fiſco dici non poteſt, qui ſemper eſt ſoluendo.*] Hactenus Cuiacius. Hanc eandem ſententiam ſecurus eſt Senat. Pedem. *apud Theſſaurum, deciſ. 213.*

Capvt XXXIX.

Vtrum emptor, qui in lite ſibi mota vicit aduerſarium ſumptus factos cauſa litis agitatæ à venditore repetat, aduerſario ab expenſis abſoluto.

Exiſtimo emptorem, ſecundùm quem pronunciatum fuit in lite mota ſuper dominio rei venditæ, expenſas litis petere à venditore poſſe, ſi ab aduerſario eas non recuperauit, quia videlicet abſolutus fuit. Quam ſententiam amplexi fuêre Bartol. *in l. venditores, ff. de verbor. obligat.* & ibi Ang. Imola, & Aretin. necnon Caſtrenſ. Alexan. & Iaſ. *Idem tradunt Ioan. Andr. Ioan. Imol. & Abbas, in c. vltim. de empt. & vend. Ioan. de Anania in conſil. 31. & ibi Ludouicus Bologninus in addit. Capra in conſil. 90. in 3. dubio Anton. Gomeſ. Reſol. iuris, tit. de empt. & vend. num. 47. Caballinus de Euict. §. 3. numer. 146. Nicolaus Valla, de rebus dubijs, c. 9.*

Fundamentum eſt hoc. Venditor tenetur emptorem defendere in lite ei mota, *l. ſi plus. §. Mota. ff. de euict. l. qui abſentem, ff. de procur.* ergo ſuis ſumptibus tenetur eum defendere. Hanc conſequentiam probat text. in l. ſuo victu. ff. de oper. libertor. Si non defendat, obligatus eſt ad id, quod emptoris intereſt, *ex regula l. cum quærebatur. ff. iud. ſolui, & l. ſtipulationes non diuiduntur, verſ. Celſus. ff. de verbor. obligat.*

Con-

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Gl. & Bal. *in l.1. C. de euict. & in l.cum teſta.de teſt. manu.*Spec. *de empt.&vend.§.1.nu.34.poſt verſic.Sed quid ſi in inſtrum.*Idem Bald.&Cuma. *in l.venditoris.ff.de verb.obl. Fulg. in l. qui abſentem.ff.de prob.*

Sed non difficile eſt ad argumenta eorum reſpondere.In primis adfertur l.ſi ſtatus,C.de euict.in illis verbis: [*Quod ſi fuiſſe ſeruum ſententia declarauerit, intelligis te ad venditorem reuerti non poſſe.*]

Hic textus decidit, emptorem, ſecundum quem ſententia lata fuit, contra venditorem agere non poſſe.Quod ſane intelligendum eſt, quo ad expenſas,non autem quo ad ſeruum venditum, neque enim reſpectu ſerui venditi, & non euicti, dubitari poterat, an aduerſus venditorem agere poſſet, cum apud emptorem remanſiſſet.

Reſpondeo, ſenſum legis eſſe,emptorẽ de euictione agere non poſſe ipſius ſerui, nec eo nomine amplius ad venditorem reuerti. Nam ita olim conſtitutum erat, vt cum ſtatus quæſtio moueretur, certis ſolennibus adhibitis, libertatis aut ſeruitutis aſſertor decerneretur, quæ ſolennia ſuſtulit Imperator Iuſtinianus, *in l.1.Cod.de aſſertione tollend.* Solebat autem etiam poſt ſententiam latam iterum cauſa examinari vſque ad tertiam vicem, quod & Iuſtinianus emendauit. Hoc igitur decernunt Diocletianus,& Maximinianus, *in d.l.ſi ſtatus*, vt ſi quidem pro libertate ſententia lata fuerit, emptor ſerui agere de euictione poſſit, quamuis cauſa iterum ad examen reuocari poſſit. Si vero pro ſeruitute,non poſſit ad venditorẽ reuerti, licet cauſa iterum examinari poſſit. Itaque nec de litis ſumptibus agitur in ea lege: & ratio dubitandi oritur ex eo, quod cauſa iterum examinari poterat, quamobrem dicendum videbatur,non prius agi poſſe,quam cauſa iterum cognita fuiſſet, & tandem exitum habuiſſet.

Secundo adfertur hoc argumentum. Aut emptoris aduerſarius, qui litem mouit,ab expenſis litis abſolutus fuit per imprudentiam iudicis, aut quia iuſtã habuit cauſam litigandi. Si per Iudicis imprudentiam,venditor non tenetur, *l.ſi per imprudentiam,ff.de euict.* Si propterea,quod habuerit iuſtam cauſam litigandi, non tenetur, quia hæc eſt noua cauſa, quæ poſt venditionem emerſit.

Reſpondeo negando,eſſe nouam cauſam, quæ poſt venditionem emerſerit, quoties aduerſarius iuſtam litigandi cauſam habuit. Nam venditionis tempore, vel ante ſuberat cauſa, propter quam lis fuit inſtituta, neque enim emptor eam ſuſcitauit, quare venditor, qui cum defendere promiſit, ſuis id ſumptibus facere debet.

Tertio adferunt argumentum ex eo, quod venditor ad hoc tenetur, vt rem emptori habere liceat, *l.ex empto.§.& ex empto.ff.de actio.empti.* Ergo cum ei rem habere liceat in propoſita ſpecie, vt patet, nullam aduerſus venditorem actionem habet.

Reſpondeo, concedo totum argumentum,reſpectu rei venditæ, ſed nego reſpectu expenſarum litis, quas venditorem ſuſtinere oportet,cum ad defendendum emptorem obligatus ſit.

Quarto argumentum proferunt huiuſmodi.Venditor de euictione tenetur ipſius rei principaliter, ad ſumptus vero in conſequentiam, & acceſſorie, ſublata ergo principali obligatione, tolli videtur & acceſſoria, *arg.l.petitori.ff.de lib.leg.reg acceſſorium,de reg.iur.lib.6.*

Reſpondeo, nego ſumptuum refuſionẽ eſſe acceſſoriam euictioni cauſæ. Eſt enim acceſſoria obligationi defendendo rem venditam, quæ non eſt ſublata. Et quod dicitur in d.l.petitori, nil commune habet cum quæſtione noſtra. Et inter rem venditam, & litis ſumptus, ratio differentiæ patet:quia res non eſt euicta, ideo eius nomine ceſſat euictionis actio. Sumptus autem refundendi ſunt, quibus lis peracta eſt, quam ſuis venditor ſumptibus agere tenetur.

Sed quæri poteſt, ad quos ſumptus refundendos obligatus ſit venditor?. Reſpõdent Caſtr. & Alexand. *in d. l.venditores.ff.de*

verb. oblig. ad eos ſumptus, qui fiunt gratia ipſius litis inſtruendę, vt in teſtibus, inſtrumentis, & alijs documentis ac iuribus, quibus cauſa ſolet inſtrui.

Nituntur autem ijs legibus, quibus dicitur venditorem aſſiſtere debere emptori, & cauſam inſtruere, *l. ſi parentes, l. empt. C. de euict.* Et inſuper, *l. 1. C. de peric. & commod. rei vend.* vbi dicitur venditorem non teneri, ſi emptor in lite mora contumax extiterit, nec actori reſponderit.

Sed hæc ſententia dura Caballino viſa eſt, *in tract. de euict. §. 3. nu.* 148. Et mihi non probatur. Quia defendere in iudicio, eſt id facere quod dominus eſſet facturus, *l. ſed etſi, §. defendere. ff. de proc.* Quare cum venditor monitus emptorem defendere debeat in lite mota, *l. ſi plus. § mota. ff. de euict. l. qui abſentem. ff. de proc.* omnia facere tenetur quæ ipſe emptor eſſet facturus, iudiciumq; in ſe ſuſcipere, & omnes ſumptus facere ac ſuppeditare, qui neceſſarij ſunt in lite & cauſa.

Nec quicquam obſtat l. 1. C. de periculo & commod. rei vendit. quia loquitur in ea ſpecie, qua emptor eſt in culpa, cum ſit contumax. Nec eſt bona collectio: Venditor aſſiſtere tenetur, & cauſam inſtruere, ergo eorum tantum ſumptuum nomine tenetur, qui cauſa litis inſtruendæ fiunt tenetur enim emptorem defendere, atque adeo iudicium & cauſam in iudicio motam in ſe ſuſcipere, & conſequenter omnes ſumptus neceſſarios erogare. Atque ita ſentio.

CAPVT XL.

Emens ſcienter rem alienam, an re euicta agere poßit ad reſtitutionem pretij. Quid ſi pacto conuentum ſit, vt agi non poßit de euictione. Et vtrum emptor re euicta per ſententiam, teneatur à ſententia appellare.

COmmunis eſt & vera ſententia, eum qui ſcienter emit rem alienam, nõ habere actionem de euictione, nec ad pretij reſtitutionem, niſi aliter conuentum ſit, & probatur authoritate l. ſi fund. C. de euict. [*Si fundum ſciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poſcit rationem.*] Ita Gloſſ. Bald. & Salic. *in l. non dubitatur, C. de euict. Gloſſ. & Panorm. in c. ad audientiam, de rebus Eccleſ. non alienand. Caſtren. in l. emptorem, §. qui autem, numer. 3. ff. de act. empt. Dec. in conſil. 114. numer. 4. Natta in conſil. 181. numer. 8. Couar. variar. reſolut. lib. 3. cap. 17. poſt num. 1.* quare non poſſum ſatis mirari, cur Franc. Aret. *in l. ſi aliquam, numer. 5. ff. de acq. poſſeſſ.* communiter concludi dixerit, ad pretij reſtitutionem regreſſum dari, & cur Caballin. *de euict. §. 5. nu. 22.* dubitet, an d. l. ſi fundum, C. de euict. correcta ſit ex l. vlt. §. vlt. C. commun. de leg. Nam in d §. vlt. agitur de emptore rei fideicommiſſo ſubiectę, quæ proinde aliena non erat, ita reſpondit Couat. *loco ſuperius annotato, verſ. ad eam quæſtionem à qua digreſſus ſum.* Sed non mihi probatur hæc reſponſio, quia text. in d. §. vlt. dicit: cum ſufficiat emptori ſaltem pro pretio, quod ſciens dedit pro aliena re ſibi ſatisfieri. Ego puto de ea ſpecie textum illum accipiendum eſſe, in qua de euictione promiſit venditor, tunc enim actio ſaltem ad pretij reſtitutionem datur. Id patet ex verbis præcedentibus d. §. ait enim: [*Neque dupla ſtipulatione, neque meliorationi locũ habente.*] Quibus verbis intelligitur, textum loqui, quando de euictione interpoſita eſt ſtipulatio, quo caſu Imperator negat actionem dari ad duplum, cum ſufficiat emptori, ſibi de pretio, quod pro aliena re ſciens dedit, ſatisfieri.

Maior controuerſia eſt, quando inter contrahentes eſt conuentum, vt is, qui vendit, de euictione non ſit obligatus. Nam teneri nihilominus ad reſtitutionem pretij, probat text. *in l. emptorem, §. qui autem, ff. de act. empt.* Sed controuerſia eſt, ſi pactum generaliter non concipiatur, ſed ad certam cauſam, vel perſonam reſpiciat, exempli graria, cum ita ſit conuentum, vt non teneatur venditor de euictione ex cauſa litis mouendæ à Titio. Etenim, actionem hoc in caſu ad pretij reſtitutionem non competere, docet gloſſ. *in l. libertatis, ff. de euict. & ibidem Bald. Angel. & Salic. Roma. ſing. 387. Caſt. in d. l. emptorem. §. qui autem, ff. de act. empt.*

empt.Marſil.ſing.656. Ripa in l.ſi aliquam rem, nu.47.ff.de acq.poſſ.Natta in conſ.181.nu.7. Tiraq.de retract.conſang §.12.Gloſ.1.n.14.

Fundamentum eſt in d.l.libertatis, cuius hæc ſunt verba: [*Qui libertatis cauſſam excepit in venditione, ſiue iam tunc, cum traderetur, liber homo fuerit, ſiue conditione, quæ teſtamento fuerit impleta, ad libertatem peruenerit, non tenebitur euictionis nomine.*]

Huc accedat ratio. Nam cum certa cauſa expreſſa eſt, ſibi emptor imputare debet, cur antequam emerit, non diligentiam adhibuerit, in inueſtiganda ipſa cauſſa, & an res euictioni eſſet obnoxia.

Cõtrariam ſententiam habuerunt Anton.Rubeus, *in l.non ſolum.§.morte, n.446.ff. de oper.noui nunc.* Couar.*libr.3.Var.reſol.c.17.nu.1.* Cabal.*de euict.§.5.poſt n.26.* & iſti alios citant, quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex l.empt.§.qui autem, ff.de act.empt. cuius hæc ſunt verba: [*Ibidem ait, Idem eſſe dicendum, & ſi aperte in venditione comprehẽdatur, nihil euictionis nomine præſtitum iri. Pretiũ quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neq; enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret.*]

Huius textus verba ſunt generalia, vnde & propoſitæ ſpeciei recte accommodantur, & ratio ipſius legis optime conuenire videtur.

Ad tex.in l.libertatis, ff.de euict.reſpondeo, non obſtare, quia nihil aliud dicit, niſi venditorem eo caſu non teneri euictionis nomine, ſcilicet, quo ad vtilitatem, non autem quo ad pretij reſtitutionem, ne pũgnet cum d.l.emptorem.§.qui autem.

Non obſtat ratio allegata, quia etiam cum nulla cauſa exprimitur, ſed tãtum generaliter illud in conuentionem deducitur, vt de euictione agi non poſſit, imputare ſibi emptor deberet, cur emerit eam rem, quam certo neſciebat eſſe vendentis: Cur non diligenter perquiſierit, an eſſet in dominio venditoris. Sed quoniam bonæ fidei contractus eſt, æquitas non patitur, vt venditor pretium retineat, eo caſu, quo emptor rem amittit.

Sed & an emptor victus per ſententiam, teneatur appellare, nõ eſt eadem omnium ſententia. Non appellare debere dicunt Spec.*tit.de appell.§.1.nu.8.* Papienſis *in forma libelli in cauſa venditionis, in verbo, promittens, n.8.* Cagnol.*ad l.vend.n.5.ff.de iud.* Dec.*in conſi.74.nu.3.*

Alij diſtinguunt, aut emptor habet bonam cauſam, aut malam, aut dubiam. Si bonam, tenetur appellare, ſi malam, aut dubiam, non tenetur. *Gloſ.Bart.& Angel.in l.Herennius, §.Caia.ff.de euict.Imol.in c.vlt.nu.8.de empt.& vend. Natta conſil.206. Caball.de euict.§.3.n.145.*

Alij docent emptorem appellare debere; licet cauſam dubiam habeat, ſi venditor præſens non fuerit: *Ita Bald.in d.§.Caia, Ang.Aret.in §.Actionum, num.20.de act.Couar.lib 3.var.reſol.c.17.verſ. Nono venditor.*

Alij exiſtimant, ſi venditor præſens fuerit, emptorem non teneri appellare. *Ita Ioan.Andr.in addit.ad Spec.loco annotato,* Natta *dicto conſ.208.* & ibi dicit, idem iuris fore, quoties venditori ſententia fuerit intimata.

Alij deniq; cenſent, emptorem, ſi bonã cauſam habeat, appellare debere, licet venditor fuerit præſens, *ita Bald.in d.§.Caia.*

Ego totam hanc rem ſequentibus concluſionibus explicari poſſe exiſtimo.

Prima cõcluſio. Emptor bonam cauſam habens, tenetur appellare. Probatur ex l.ſi bonam, C.de adminiſtr.tut.& l.ſi procuratorem, §.ſi ignorantes, ff.de procur. Et hac ratione: quia cum habet boná cauſam, ſententia eſt iniuſta, ergo ipſi nocet, nõ autem venditori, *l.ſi per imprudentiam, ff.de euict.* merito appellare debet, alioqui ſibi præiudicat ſententia.

Secunda cõcluſio. Emptor bonam cauſam habens, appellare tenetur, licet venditor præſens fuerit. Probatur: quia ſententia iniuſta emptori ipſi nocet, non autem venditori, vt proxime dictum eſt: vnde ſi non appellet, ſibi imputare debet, & ſua culpa damnum ſentire videtur. Et idem iuris eſt etiam, quando ſententia venditori eſt intimata. Eadem eſt enim ratio.

Non obſtant huic concluſioni l.Herennius, §.Caia, ff.de euict. & l. ſi procurator,

§.ſi

§. ſi ignorantes, ff. de procurat. Nam quod attinet ad §. Caiam, illa eſt ratio, quia emptor bonam cauſſam non habebat, vt patet ex illis verbis: [*Siue quod alienus fuerit, cum veniret, ſiue quod tunc obligatus, cum euictus eſt, &c.*] Quod vero attinet ad dictum §. ſi ignorantes, in ſpecie fideiuſſor conuentus & condemnatus fuit, is vero ſententiam intimaret debitori, vt ſi vellet, appellaret, quæ res à propoſita quæſtione longe eſt aliena.

Tertia concluſio. Si emptor malam cauſam habeat, non tenetur appellare, *probatur ex d. §. Caia.*

Quarta concluſio. Vbi emptor habet cauſſam dubiam, non tenetur appellare. Probatur: quia nulla lege cautum reperitur, quod appellare teneatur. Nam leges dant actionem emptori euictionis nomine, ſi modo litem venditori denunciauerit, nulla facta mentione neceſſitatis appellandi, quando cauſam ipſe emptor malam habet, vel dubiam, *vt in l. libera. C. de ſent. & interloc. om. iud. cum vulg.*

Quinta concluſio. Si pacto remiſſa ſit emptori neceſſitas appellandi, non tenetur appellare. Et hæc ſunt pacta vtilia nuncupata, quibus emptor reuelatur à multis obligationibus, *vt declarat Cagn. in l. venditor, poſt nu. 5. ff. de iud. facit text. in d. l. Herennius, in princ. ff. de euict. & in l. quæritur, §. ſi venditor, ff. de ædil. edict.*

Coronidis loco notandum, ſi emptor appellauerit, eum teneri ad proſequendam appellationis cauſam, *l. Herennius. §. vltim. ff. de euict.*

Capvt XLI.

Vtrum ſtatuto ciuitatis cauſas inter conſanguineos compromitti in arbitros, ceu arbitratores mandante, poßit venditor, ad emptoris defenſionem accedens, in lite mota cogere aduerſarium ad compromittendum.

Communis eſt & vera ſententia, venditorem cogere poſſe aduerſarium emptoris ad compromittendum, vigore ſtatuti. *Ita enim cenſuerunt Bart. in 1. quæſt. incipientes: Piſanæ ciuitatis. Caſtr. ad l. venditor, ff. de Iudiciis. Ant. Burg. in c. vlt. n. 21. de empt. & vend. Socin. ſen. in conſ. 91. n. 12. lib. 3. Cagn. in d. l. venditor, nu. 21. Caballin. de euict. §. 5. nu. 127. Blanc. de Compromiſſo, q. 5. nu. 49. verſ. Aſſumens iudicium pro alio.*

Probatur hæc ſententia, quia hoc in caſu verba ſtatuti conueniunt, & cauſa ipſius ſtatuti. Nam ſtatutum mandat, cauſſas & lites inter conſanguineos compromitti. Sed venditor, & litem inſtituens, ſunt conſanguinei, & litem habent inuicem, quia alter rem vindicat ab emptore, alter eum defendit, ac ſupponit, atque ita inter ſe litigant & contendunt, Cauſſa vero ſtatuti hæc eſt, vt ſine ſtrepitu iudicij, ſine magnis ſumptibus, citiuſque & facilius conſanguineorum controuerſiæ decidantur. Quæ quidem ratio locum ſibi vendicat & in hac ſpecie.

Eſt autem vulgata iuris Regula ac trita: Quoties verba legis conueniunt, & ratio ipſius legis, non eſſe dubitandum, quin & lex in ea ſpecie conueniat, ſuamque vim exerceat.

Contrariam ſententiam habuerunt Baldus & Salic. *ad l. 1. C. vbi in rem actio. Caſtr. ſibi contrarius, in conſ. 178. lib. 2. Ang. ad l. empt. C. de euict. Alex. in conſ. 65. lib. 2. Ioan. de Arnono ſing. 70. Laur. Syluan. in conſ. 49. n. 70.*

Alij vero diſtinguunt, vtrum ſtatutum mandet in arbitrum compromitti, an vero in arbitratorem, *vt per Angel. Aret. in Rubric. de except. num. 16. & per Syluan. d. conſil. 49. numer. 70.* Sed magis probatur ſuperior ſententia. Porro fundamentum contrariæ ſententiæ poſitum eſt in eo, quod venditor ad defenſionem emptoris accedens, ſequi debeat Iudicem emptoris, *vt in l. venditor, ff. de Iudiciis.* Sed hoc argumentum non obſtat, quia ſi venditor ad defendendum accedens, trahere poſſet cauſſam ad alium iudicem, id eam ob cauſſam tantum obtineret, quod dum emptorem defendit, Rei conuenti loco eſſe videatur. Actor autem forum Rei ſequi debeat. Sed quoniam reus non eſt, ſed defenſor ipſius rei conuenti, nempe emptoris, idcirco ſequi debet emptoris

ptoris Iudicem. At in propoſita quæſtione non eo fundamento nititur, quòd ſit Reus conuentus, vel loco Rei conuenti habendus, ſed quòd ſit conſanguineus Actoris, quod & verum eſt, & facit, vt lex municipalis ſeruanda ſit.

Caput XLII.

Vtrum volens ex pacto rem redimere, pretium offerre tantùm debeat, an verò etiam deponere.

VEnditor ex lege venditionis rem vult redimere, vtrum ſatis ei ſit pretium offerre, an verò teneatur etiam illud deponere, controuerſia eſt non modica.

Et quidem ſufficere oblationem realem ipſius pretij, reſponderunt Ioan. And. *in addit. ad Spec. Rubr. de empt. & vend. poſt princ. Bal. in l. acceptam, in 5. q. C. de vſuris, & ibidem Alber. colum. 2. Caſtrenſ. ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. & in l. ſi à te, C. eodem tit. Aret. in l. ſi ſeruus communis, colum. 1. ff. de vulg. & pup. Socin. ſenior conſil. 80. colum. 3. lib. 3. Cagn. in repet. d. l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. in 4. notabili, Marſil. ſing. 479. Caſſ. conſil. 41. Boer. deciſ. 124. num. 27.*

Argumenta hæc ſunt. Primum ex l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi patet, ex oblatione pretij facta, actionem competere, nec in textu fit vlla mentio depoſitionis.

Secundum argumentum ex l. Si rem. 9. §. vltim. ff. de pign. act. ibi, [*Tamen ſi offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam, & quod ſua eſt, conſequi.*] nec vlla fit mentio depoſitionis ipſius pecuniæ.

Tertium argumentum eſt ex l. Qui decem. 72. ff. de ſolutionibus. [*Qui decem debet,* ait text. *ſi ea obtulit Creditori, & ille ſine iuſta cauſa accipere recuſauit, &c. doli mali exceptione poſſe ſe tueri, &c.*]

Contrariam ſententiam, nempè, ſolam oblationem non ſufficere, ſed requiri etiam depoſitionem & obſignationem, ſecuti ſunt gloſſ. *in d. l. 2. in verbo, oblatam,* Bart. & Salic. *in l. ſi à te, C. de pact. inter empt. & vend. Idem Bart. in l. acceptam, C. de vſur. Bal. in conſil. 108. lib. 5. Pet. Anch. in conſil. 331. colum. 1. Ioan. Andr. in c. illo vos. colum. vlt. de pign. Manſuerius in tit. de empt. & vend. § Item venditor ex pacto.*

Argumenta hæc ſunt. Primum ex d. l. ſi à te. ibi, [*Denunciationis & obſignationis, depoſitioniſquè remedio contra fraudem poteris iuri tuo conſulere.*]

Secundum ex l. acceptam, C. de vſur. [*Acceptam,* inquit, *mutuo ſortem cum vſuris licitis creditoribus poſt conteſtationem offeras, & ſi non recipiant, conſignatam in publico depone, &c.*]

Tertium ex l. vltim. ff. de leg. commiſſoria. ibi, [*Die ſtatuto emptor teſtatus eſt ſe pecuniam omnem reliquam paratum fuiſſe exoluere, & ſacculum cum pecunia ſignatorum ſignis obſignauit.*]

Quartum ex l. 2. C. de iure emphyt. ibi, [*Atteſtatione præmiſſa pecunias offerat, hiſquè obſignatis, & ſecundùm legem depoſitis, minimè deiectionis timere periculum.*]

Tertia eſt opinio diſtinguentium: Aut oblatio fit in iudicio, & ſufficit, *argument. l. ſi rem, § vlt. ff. de pign. act.* Aut extra iudicium, & non ſufficit: ſed requiritur etiam depoſitio & conſignatio, argumento aliarum legum, quæ pro poſteriore ſententia allata ſunt. *Ita Caſtrenſ. in d. l. ſi à te, & ante eum Petr. de Bellapertica, in d. l. 2.*

Poſtrema eſt ſententia Andr. Tiraquell. *de retract. conuent. §. 4. gloſſ. 6. numer. 4.* Oblationem quidem realem ſufficere, vt res ipſa redimatur, ſed vt redimere volens fructus ex die oblationis conſequatur, neceſſariam eſſe depoſitionem, & obſignationem pecuniæ.

Ego ſanè in hac controuerſia exiſtimarem, ſufficere realem oblationem pretij, niſi aduerſa pars recuſaret accipere, tunc enim depoſitione pecuniæ opus eſſe iudicarem.

Moueor authoritate l. nec creditores, C. de pign. act. ibi, *Reddita Iuri debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata, obſignata, & depoſita, &c.*

Moueor præterea ex alijs legibus quę ſuperius allatæ ſunt, & quæ diſertè requirunt eiuſmodi depoſitionem, & conſignationem, quoties creditor detrectat accipere pecuniam.

Nec me ab hac ſententia deterrent Iuris loca pro contraria opinione relata. Nam quod attinet ad d. l. 2. nec ibi negatur neceſſariam eſſe depoſitionem reluctante ad-

uerſario, & contrahentes in ea ſpecie pacti ſunt, & quandocunque venditores, ſiue heredes eorum pretium offerrent, fundus eis reſtitueretur.

Quod verò dicitur in d. l. Si rem §. vlt. minimè obſtat: quia creditor in ea ſpecie pecuniam accipere non detractabat, ſed quæſtio erat, an pignus reperi poſſet, quia quantitas debita non erat ſoluta creditori. Iuriſconſultus reſpondit actionem competere ad pignus reluendum, debita pecunia oblata.

Ad l. Qui decem, ff. de ſolut. reſpondeo, eo in loco non agi, an debitor offerendo debitam pecuniam actionem conſequatur, ſicut in caſu noſtro, ſed an poſt oblationem periculum amiſſionis pecuniæ, pertineat ad ipſum debitorem, vel creditorem; Et ait textus ad creditorem pertinere, non enim eſt æquum, eum teneri pecunia amiſſa, qui non teneretur, ſi creditor eam accipere voluiſſet. Quanquam non deſunt, qui exiſtiment etiam in ea ſpecie depoſitionem eſſe neceſſariam. *Vide Decium in l. Quod te in 2. lectura, num. 26. ff. ſi cert. pet.*

Solet etiam adferri text. pro contraria opinione, *in l. Si per te, C. de vſuris.* Sed nihil obſtat: quia depoſitionem requirit, vt patet ex illis verbis: [*Quòd ſi etiam ſortem depoſuiſti, exinde, ex quo id factum apparuerit; in vſuras non conuenieris.*]

Capvt XLIII.

Quodnam ſit pretium iuſtum annui cenſus.

HOc caput Italis meis ſcribo, non Germanis, apud quos Cæſarea lege definitum eſt, iuſtum annui cenſus pretium eſſe, cùm in ſingula centena quinque conſtituuntur, *vt conſtat ex Andr. Gaill, lib. 2. obſeruationum, cap. 7.* Quod quidem alibi non ita definitum eſt, & apud Doctores maximè controuerſum.

Iuſtum eſſe pretium primo loco annui cenſus, cùm decem in ſingula centena dantur, reſponderunt multi, *quos citat Tiraquell. de retract. conſan. §. 1. gloſſ. 6. num. 17. Ant. Theſſaur. deciſ. Pedem. 154. Bened. Bonius de cenſibus, lib. 1. artic. 8.* & eorum fundamentum eſt in Extrauag. Martini V. tit. de empt. & vend. necnon Calixti ibidem relata, & Nicolai V. ad Alphonſum Aragonum Regem, eiuſque ſubditos citra & vltrà Pharum Siciliæ conſtitutos directa, in quam Commentaria ſcripſit Pet. Follerius. Adſtipulatur & doctrina Bart. *in l. in lege Falcid. 45. ff. ad leg. Falcid. & in l. Papinian. §. Vnde ſi quis. ff. de inoff. teſtam.* quibus in locis docuit interuſurij æſtimationem eſſe decem pro centum.

Sed hæc ſententia ſolidum non habet fundamentum; quia Martini & Calixti conſtitutiones non definiunt generaliter id eſſe iuſtum annui cenſus pretium, ſed ſtatuunt, eos contractus cenſuum, qui in diœceſi Vratislauienſi frequentabantur, eſſe licitos. Fiebant autem in hunc modum, vt ibi Martinus Pont. Maxim. commemorat: [*Ad rationem, & pro qualibet Marca annui cenſus decem, vndecim, tredecim, quatuordecim marcas, aut plus, vel minus, ſecundùm temporis qualitatem, prout ipſi contrahentes inter ſe conuenerant;*] Quibus verbis ſignificatur, aliquando decem in ſingula centena fuiſſe conſtituta, aliquando nouem, aliquando octo, aliquando ſeptem, & quandoque ſex. Sed licèt Summus Pontifex ex relatione Cardinalis, cui negotium illud fuerat cum peritorum conſilio demandatum, cõpererit contractus eos iuridicos & licitos fuiſſe, vt ipſe dicit in dicta Conſtitutione, non tamen efficitur, alibi quoque generaliter ita eſſe ſtatuendum, vt nulla locorum, temporum, perſonarum habita ratione, iuſtum annui cenſus pretium reputetur, cùm in ſingula centena decem dantur. Quamobrem extra prouincias illas extendi non poſſe memoratas Conſtitutiones reſponderunt Alciar. *in conſil. 3. num. 3.* Natta *in conſil. 498.* Gratus *conſil. 39. lib. 2.* Aret. *conſil. 30.*

Quod verò attinet ad Nicolai V. Conſtitutionem, eam pertinere ad Regem Siciliæ, & eius ſubditos, patet ex eius tenore, & teſtatur optimè Ioan. Baptiſt. Lupus *ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. Commentar. 2. §. 2. num. 86.*

Secunda eſt opinio, iuſtum eſſe pretium quantum aſcendit cumulus penſionum, quin-

quindecim annorum, *argum. l. Si quis argentum. §. Sin autem donatur, C. de don.* quam ſententiam conſuetudine Montargienſium, & Loruienſium receptam eſſe teſtatur Tiraquell. *loco annotato.* Sed cùm deciſio dicti. §. Sin autem donator, in donatore paupere loquatur, nullum ex ea fundamentum ſumi poteſt firmum, *ſicuti adnotauit Couuarr. var. reſolut. lib. 3. cap. 9. num. 6.*

Tertia eſt ſententia, quinque pro centum eſſe iuſtum annui cenſus pretium, *gloſſ. in Auth. Perpetua, in ver. Iuſta, C. de ſacroſanct. Eccl. & ibi Caſtr. Rom. in conſil. 423. Capolla de ſimulat. contract. in 3. præſumpt. Guido Papa, in conſil. 180. & alij à Tiraquello citati de retractu conſang. §. 1. gloſſ. 6. num. 19.*

Nititur hæc ſententia text. in §. Si verò alicuius, in Auth. de non alien. reb. Eccleſ. qui non facit ad rem noſtram, loquitur enim de emphyteuſi rei Eccleſiaſticæ ad certum tempus conceſſa, pretioſæ quidem, ſed modici reditus, *ſicuti adnotarunt Couuar. lib. 3. var. reſolut. cap. 9. num. 5. & Lupus loco ſuperius citato, num. 77.*

Quarta eſt ſententia, ſed nullo nixa fundamento, ſex pro centum iuſtum pretium conſtituere, *ita Laurent. de Rodulphis in Comment. de vſur. 2. part. quæſt. 12. Pariſius in conſil. 60. num. 29. lib. 1.*

Quinta eſt ſententia Couuarr. *loco ſuprà citato,* obſeruandam eſſe hac in re prouinciæ conſuetudinem, communemque hominum æſtimationem, ſecundùm quam rerum pretia definiri ſolent, *l. Pretia rerum, ff. ad leg. Falcid.*

Sexta eſt opinio Ioan. Baptiſt. Lupi *in ſæpè citatis commentarijs ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. comment. 2. § 2. num. 79.* Iuſtum eſſe pretium annui cenſus illud, quod æſtimationi rei, ſuper qua conſtituitur, & fructibus qui ex ea percipiuntur, reſpondet & conforme eſt.

Eandem ſententiam probat Iacob. Menoch. *in conſil. 445. numer. 12. lib. 5.* Eiuſdem ſententiæ mihi videtur eſſe Martin. Nauar. *in commentarijs de vſuris, ante numer. 86.* vbi in hanc rem perpendit verba Conſtitutionis Pij V. quibus dicitur cenſum conſtituendum eſſe ſuper re frugifera. [*Quamuis enim,* inquit Nauarr. *non dicat* (Pontif. Maximus) *quanta frugis debeat eſſe, ſatis tamen ſignificat, quòd debeat eſſe tanta, quantus eſt cenſus, alioquin non ſatis aptè diceretur frugifera.*]

Hunc ſententiam ego cæteris omnibus facilè antepono, quia manifeſtam habet rationem. Sed animaduertendum eſſe iudico ex eiuſdem Pij V. Conſtitutione, ita cenſum creari poſſe & conſtitui, vt ſemper in poteſtate venditoris cenſus poſitum ſit, eundem cenſum redimere.

Conſtat præterea venditorem cenſus nec dominium, nec poſſeſſionem amittere illius rei, ſuper qua fit cenſus. Quapropter iuſtum eſſe pretium exiſtimarem etiam illud, quòd rei æſtimationem, & fructus ex ea percipi ſolitos excedit. Etenim pactum illud reluendi ex communi omnium ſententia diminuit iuſtam rei venditæ æſtimationem, *vt patet ex traditis per Socin. in conſil. 16. lib. 1. Couuarr. var. reſol. lib. 3. cap. 10. Roland. à Valle in conſil. 96. numero 38. lib. 2. & alios paſſim.* Itaque, ſi v. g. quinque pro centum ex re cenſui ſuppoſita percipiantur, iuſtam tamen eam eſſe conuentionem arbitror, qua ſeptem annua, vel etiam octo emptori cenſus præſtantur. Nam ſi rem ipſam emiſſet, liberè & abſque onere reluitionis, quinque annua ex ea percepiſſet, præter alia commoda, quæ ex prædijs & rebus frugiferis percipi ſolent. Atque hanc ſententiam iuri & æquitati conſentaneam fuiſſe iudicatam à Summo Pontifice Gregorio XIII. ex teſtibus fide dignis, ac religioſis accepi, idque in Eccleſiaſtica ipſa ditione paſſim ferè obſeruatur.

Capvt XLIV.

Vtrum annuus cenſus neceſſariò conſtitui debeat ſuper certis rebus frugiferis.

Et hoc caput Germanis mihi chariſſimis parum vſui eſſe poterit, apud quos conſuetudine receptum eſſe, vt cenſus tam ſuper certis, quàm ſuper incertis rebus, immò & ſuper perſonali obligatione conſtitui poſſint, teſtis eſt Andr. Gaill, *lib. 2. obſeruat.*

ſeruat. 8. *numer.* 13. Sed tamen iuuat illud in diſputationem reuocare, quòd ſatis celebris ea de re ſit controuerſia.

Et quidem eorum ſententiam magis probo, qui ſuper certis rebus ſui natura frugiferis, cenſus eſſe conſtituendos exiſtimarunt. His enim adſtipulatur Pij Quinti Pontificis Maximi authoritas, cuius ea de re extat Conſtitutio edita anno 1568. 14. Kalend. Febrùar. præter Martini & Calixti editas Conſtitutiones, de quibus in Extrauag. de empt. & vendit. in illis verbis: [*Super bonis ſuis, dominijs, oppidis, &c.*] Et rurſus ibi: [*Super eorum bonis, domibus, agris, pradijs, poſſeſſionibus, &c.*]

Authores autem huius ſententiæ ſunt Ioan. de Lignano *in c. in ciuitate, de vſuris, & in c. vltim. quaſt.* 1 *eodem titul.* Aretin. *in conſil.* 151. *colum.* 3. *Abbas Panorm. in diſputatione* 5. *colum. vltim. Laurentius de Rodulphis in c. conſuluit, in cap. parte, quaſt.* 12. *Angelus in Summa, in verbo, Vſura, num.* 78. *Caſſanaus in Catalogo Gloriæ mundi, parte* 12. *conſideratione* 98. *fallent.* 25. *& in conſil.* 63. *numer.* 6. *S. Antoninus in Summa, in* 2. *part. tit.* 1. *cap.* 8. §. 10. *Ioan. Baptiſt. Lupus, Geminianus ad l.* 2. *C. de pactis inter empt. & vendit. comment.* 2. §. 2. *num.* 63. *Martinus Nauarrus in Commentarijs de vſuris, ante num.* 86.

Contrariam ſententiam habuerunt, ſcilicet, etiam ſuper perſonali obligatione poſſe conſtitui, Conradus *de Contract. quaſt.* 74. & 75. Ioan. Medina *de reſtitutione, quaſt. de Cenſib. colum.* 5. *Dominicus Sot. de iuſt. & iure, lib.* 6. *quaſt.* 5. *art.* 1. *Couuarr. lib.* 3. *var. reſolut. c.* 7. *num.* 5. *verſic. Ego ſanè.*

Argumenta hæc ſunt. Primum argum. Cenſus conſtitui poteſt ſuper certis bonis, ita, vt eis peremptis, venditor nihilominus ad annuam penſionem teneatur. Huiuſmodi autem obligatio non eſt alia, quàm perſonalis. Ergo nihil prohibet, quò minus ſuper perſona conſtitui poſſit.

Aſſumptio probatur ex Conſtitutione Martini & Calixti, *in Extrauagant. de empt. & vendit.*

Reſpondeo, eas Conſtitutiones id non dicere. Verba Conſtitutionis Summi Pontificis Martini hæc ſunt, quod ad hanc rem attinet: [*Sed ad hoc huiuſmodi cenſus venditores inuiti, nequaquam per emptores arctari, vel adſtringi valerent, etiam ipſis poſſeſſionibus, & bonis obligatis penitus interemptis, ſeu deſtructis.*] Verba Calixti hæc ſunt: [*Sed ijdem ementes etiam ſi bona domus, terræ, agri, poſſeſſiones & hæreditates huiuſmodi proceſſu temporis ad omnimodam deſtructionis, ſeu deſolationis reducerentur opprobrium, pecuniam ipſam etiam agendo repetere non valerent.*]

Quibus verbis hòc Summi Pontifices decernunt, vt re perempta, perimatur etiam actio ad ſortem repetendam. Sed non inde ſequitur actionem ad cenſum annuum rebus etiam peremptis ſaluam remanere, id non dicunt textus dictarum Conſtitutionum; Imò cùm ad ſortem repetendam extinguatur actio, videtur etiam in conſequentiam extingui ad cenſus annuos petendos, qui propter ipſam ſortem pecuniæ præſtantur.

Secundum argumentum. Licet alicui gratis ſe obligare ad annuam penſionem alicui præſtandam; Ergo & data pecunia licebit.

Reſpondeo, nego conſequentiam, ſicut ſi quis ita argumentaretur. Poteſt quis donare cuipiam aliquid ex liberalitate: ergo donare poteſt etiam propter pecuniam ab eo mutuatam.

Tertium argumentum poteſt quis locare certa mercede conſtituta operas ſuas, *l. qui operas, l. in operis, ff. locati.* Ergo & eas vendere, certo pretio conſtituto. Videtur autem quis operas ſuas vendere, dum ſe ad præſtandum annum cenſum obligat, certa pecuniæ ſumma accepta.

Reſpondeo negando operas in propoſita ſpecie vendi. Quid enim, ſi obligatus ad cenſum idoneus non ſit ad operandum? Quid ſi idoneus ſit quidem, ſed non tanti æſtimandæ ſint operæ, quantum cenſus nomine præſtat? Quid ſi infirmus ſit, & ex eo nulla prorſus ſperetur opera?

Quartum argumentum. Quoties ſuper certis rebus cenſus conſtituitur, perſona tamen principaliter videtur eſſe obligata, idcoque & re perempta manet obligatio perſonæ, *argum. l. creditor,* 28. *ff ſi certum petatur.* Igitur æquè poteſt ſuper ipſa perſonæ obli-

obligatione cenſus fundari, atque ſuper ipſis rebus. Immo iuſtior eſſe videtur cõtractus, quo perſona tantum obligata ſit, & vtilior emptori.

Reſpõdeo, perſonam quidem eſſe principaliter obligatam, ſed tamen ſuper certis rebus conſtituendum eſſe cenſum, vt pecuniæ amittendæ re perempta, vel in frugifera reddita, periculum emptor ſubeat, ſic enim contractus à fœneratitio mutuo euidenter erit alienus, ac proinde licitus. Cum alioqui perſonalis obligatio rei peremptione non tollatur, *l. incendium, C. ſi cert. peta.* Sed dum dicitur, ergo æque bene ſuper perſona, &c. Negatur, quoniam ſuper rebus fit, non tantum vt eæ ſint emptori obligatæ, ſed etiam vt ſubiaceat alicui periculo cenſus, nempe vt re perempta, & ipſe perimatur, quod vna cum alijs conditionibus à Pio V. Pontifice Maximo requiſitis, facit, vt contractus magis licitus, & minus ſuſpectus iudicetur.

Capvt XLV.

Quis contractus eſſe dicatur, cum pro re datur res, & ſimul etiam pecunia, & an dicatur eſſe permutatio, cum res, ſiue ſpecies certa datur pro incerta, vel incerta, pro certa.

CVm ex vna parte contrahentium res datur, vt res accipiatur, & ſimul etiam pecunia, diſputari ſolet, quiſnam contractus cenſeatur. Prima eſt ſententia eiuſmodi contractum eſſe innominatum. *Ita Bart. ad l. 1. ff. de rer. permut. Fulgoſ. & Iaſ. ibid. Imola, & Ludouic. Rom. ad l. Ariſt. ff. de donatio. Idem Roman. in conſ. 86. Io. Berberius in viatorio Iuris, rubric. de rer. permu. col. 2. Guido Papæ deciſ. 92. Firmian. in tracta. de Gabellis 3. parte, 8. partis princip. q. 2. verſ. Item an habeat. Ripa ad l. 2. ff. ſi certum peta. in vlt. col. Cotta in Memor. in verbo, Contractus in dubio. Tiraq. de retractu conſang. §. 30. gloſ. 1. num. 36. Pinell. ad l. 2. C de reſcind. vend. in 2. parte, cap. 2. nu. 5. Ant. Gomeſ. variar. reſol. tit. de contract. cap. 2. n. 10.*

Fundamentum eſt in eo, quod cum incertum eſt, quis contractus appellari poſſit, innominatus eſſe cenſeatur, & iccirco præſcriptis verbis agendum ſit, *l. 1. ff. de tributor. actio. l. 1. & 2. ff. de præſcript. verb.*

Secunda eſt opinio, huiuſmodi contractum venditionem cenſeri, quoniam id videtur eſſe fauorabilius, *ita Baldus in prælud. Feud. n. 11. Alex. ad Bart. l. ſi in empt. ff. de contrah. emp. Fabian. à Monte, de empt. & vend. in 2. quæſt. princ. nu. 23.*

Tertia eſt ſententia, hanc rem dijudicandam eſſe, non ex nomine, quo contrahentes vtuntur, ſed ex ſubſtantia & qualitate ipſius contractus: Nam ſi exempli gratia res detur, vt alia res accipiatur, & ſimul etiam pretium modicum, & longe minus, quam ſit ipſa res, talis contractus erit permutatio, non autem venditio, licet res & pretium intercesſerit. *Ita Caſtrenſ. ad dictam l. Ariſtot. ff. de donatio. Anton. Gomeſius, & Tiraq. locis annotatis.*

Quarta eſt opinio Franciſci Connani, *lib. 7. Commen. Iuris tit. de rer. permut. num. 3.* Id ſequendum eſſe, quod contrahentes præcipue voluerunt, eamque voluntatem ex magnitudine quidem pretij iudicandam, ſed nõ ex ſolo exceſſu, quia poteſt tam paruus exceſſus eſſe, vt in fraudem venditionis permutatio fieri videatur, id quod iudicio prudentis Iudicis æſtimabitur. Quod ſi vectigal aliquod pędendum ſit, vel canon emphyteuticus de rebus emptis, exiſtimat Conanus hæc ad viuum eſſe reſecanda, & quatenus interuenit pecunia, venditionem eſſe iudicandam, quatenus res interuenit, permutationem.

Quinta & poſtrema eſt ſententia, hunc contractum partim eſſe venditionem, partim permutationem, *ita Alciat. ad l. 2. nu. 18. ff. de verb. oblig. Idem ante eum ſubobſcure tamen dixerunt Spec. titu. de rer. permut. verſ. ſi vero res. Cyn. ad l. Quæritur. ff. de ſtatu hominum. & ibi etiam Ang. necnon Caſtr. in l. Ariſtot. n. 3. ff. de dona. Eandem ſententiam ſecutus eſt Couar. Variar. reſol. lib. 2. c. 3. nu. 9. & nouiſſime Federic. Scotus ad l. 2. ff. ſi cert. pet.*

Ex his ſententijs hæc poſtrema videtur mihi probabilior, ſed & tertiam ſententiam magnopere probo. Pro confirmatio-

ne autem adferri poſſunt leges, quibus paret non eſſe nouum, vt aliquis contractus partim venditionis, partim donationis nomine cenſeatur, *l. cum hic ſtatus, §. pen. l. ſi ſpõſus. §. circa. ff. de donat. inter virum & vxorem, l. Ariſto, de donatio.* Et cum in hac facti ſpecie omnia interueniant, quæ ad vẽditionis & permutationis cõtractum pertinent, nempe, res pro re, & ſimul etiam pretium, haud dubiũ eſſe poteſt, quin ex ea parte, qua pretium interuenit, cõtractus ad venditionem referendus ſit, & quatenus res datur, vt altera eius vice accipiatur, ad permutationem, niſi pretium ita ſit exiguum, vt eius habenda ratio non videatur ad conſtituendum ex eo contractum.

Nec Pinell. argumenta, hanc ſententiam refellere conantis aliquo pacto me mouẽt. In primis adfert l. ſi in emptione, 34. ff. de contrahen. empt. in illis verbis: [*Nec refert quanti ſit acceſſio, ſiue plus in ea ſit.*]

Reſpondeo, ſenſum eſſe, id, quod accedit deberi, quantumcunq; ſit, quia plerunque res propter acceſſiones emuntur. Debetur autem id, quod venditor intellexit, quia debitoris eſt electio, cũ aliquid in genere debetur, vt fruſtra Cuiacius *lib. 1. obſ. c. 10.* tentauerit, loco venditoris, ſubſtituere emptoris. Sed acceſſio in ea lege non mutat ſpeciem cõtractus, vt in propoſita quæſtione. Quare ad hanc rem non pertinet ille textus.

Secundo, adfert text. in l. fundi partem, 79. ff. eod. tit. & in leg. 6. §. 1. & in l. ſi ſterilis. §. ſi tibi. ff. de actio. empti. in quibus legibus, inquit Pinellus, Iuriſconſulti venditionem appellant, cum datur pecunia, & alia res, nec diſtinguunt quid ex his excedat, & quantum.

Reſpondeo. Quod attinet ad d. l. fundi partem, ibi non dicitur venditionem factam fuiſſe certo pretio conſtituto, & ſimul etiam alia re data, ſed lex loquitur de venditione, cui pactum acceſſit, vt emptor alteram partem fundi conductam haberet, aitque ex empto actionem dari, vt pactum impleatur, quæ res toto diſtat cœlo, à quæſtione noſtra.

Eadem reſponſio valet ad d. l. 9. §. 1. in qua agitur de pacto vẽditioni adiecto, non autem de pretio, & alia re: [*Si vendidi*, inquit, *tibi inſulam certa pecunia, vt aliam inſulam reficeres, agam ex vendito, vt reficias.*] Eodem modo loquitur l. ſi ſterilis, §. ſi tibi.

Eſt & altera controuerſia, ſitne permutatio etiam quando res incerta datur pro incerta, vel pro certa.

Affirmant Dec. *ad l. 2. ff. ſi certum peta. nu. 18.* Alciat. *ibid. nu. 23. Zaſius, n. 4. Curt. iun. 29. Buricella, nu. 37. Feder. Scot. nu. 124. & alij quos commemorat Pinell. ad l. 2. C. de reſcind. vend. in 2. parte rubr. c. 1. nu. 16.*

Negant vero gloſſ. *in l. 1. C. de rerum permu. in verbo, Poſtulatis*, Bart. *ad l. 1. in 3. q. ff. eo. tit. & in l. 2. ff. ſi certum pet. & ibid. Caſtren. Iaſon, n. 8. Ripa, n. 25. necnon & nouiſſime Viglius.*

Fundamentum habet hęc poſterior ſententia in ijs legibus, quibus agitur de permutatione, & mentio plerumque fit rei certæ, *vt in l. 1. l. quoniam, l. emptionem. C. de rer. permut. & in l. 1. ff. eo. tit.* Contra vero cum res in genere datur, vt res accipiatur, contractus eſt innominatus, *l. 4. §. 1. ff. de praeſcript. verb.* Accedat, inquit Iaſon, quod permutationis verbũ ſignificat quandam perfectam mutationem, quę maxime eſt, cum vna ſpecies cum altera commutatur.

Sed iſtis nil morantibus, priori ſententiæ magis accedo, quæ probatur ex l. vlt. C. de rer. permut. vbi patet permutationem eſſe, cum aliquid menſtruum in genere, vel annuum præſtandum eſt.

Secundo, probatur ex l. 1. ff. de contrah. empt. vbi patet permutationem appellari cum agitur, vt pro toga data, recipiatur tunica, vel ferrum pro vino, & ſic in genere.

Tertio, ex l. 4. §. 1. ff. de præſcript. verb. ibi: [*Sin autem do rem, vt rem accipiam* (in genere) *quia non placet permutationem rerum emptionem eſſe, &c.*] Quibus verbis permutatio appellatur, vt patet.

Poſtremo, probatur ex ipſa Rubrica, quę inſcribitur de rerum permutatione, & ſic in genere, non autem de ſpecierum permutatione, & ſic rerum certarum, quicquid diuinando Ripa reſponderit.

Ad argumenta contrariæ opinionis reſpon-

ſpondeo, merito appellari permutationem rerum, ſeu ſpecierum certarum in dictis ll. non tamen infertur ſecus eſſe ſtatuendum in rebus incertis, nec id negant ll. allegatæ. Quod vero dicebat Iaſon, nullius eſt momenti, quia cum res in genere promittitur, & contractus effectum ſortitur: tunc res certa datur, *vt dicebant Dec. & Federic. Scot. loc. annotatis.*

Capvt XLVI.

Quomodo probetur minorem, vel pupillum locupletiorem factum eſſe ex contractu vel etiam maiorem.

Minorem vigintiquinq; annis prædiũ alienatum vindicare poſſe, nec ad pretium reſtituendum obligari, niſi in eius vtilitatem verſum ſit, *docet l. prædiorum, C. de prædiis minorum*, & minorem eſſe reſtituendum aduerſus contractum, niſi factus ſit ex eo locupletior, præſertim vbi pecuniam fœnori acceperit, docet l. 1. & 2. C. ſi aduerſus creditorem.

Conſtat etiam, pupillum contrahẽtem non obligari, niſi, quatenus locupletior factus eſt, *l. vlt. C. de vſucap. pro emptore, l. patri, §. item ex diuerſo. ff. de minoribus.* Sed & bonæ fidei poſſeſſor tenetur petitione hæreditatis, in quantum factus eſt locupletior, *l. item veniunt. §. præter hæc. & l. Vtrum. ff. de petitio. hæred.* Controuerſia eſt igitur, quomodo probetur quempiam factum eſſe locupletiorem?

Prima eſt ſententia eorum, qui exiſtimant, id ex eo probari, quod pecuniam ad aliquem perueniſſe probetur, niſi ipſe probet ſe eam male conſumpſiſſe. *Ita gloſſ. in l. Vtrum, in verbo conſumpſiſſe. ff. de petitio. hæredit. necnon Angel. ibid. Fulgoſ. ad l. ſed etſi lege. §. Quod autem. ff. eod. tit. Rom. in conſ. 149. num. 2. Anch. in conſ. 5. nu. 1. Alex. in conſ. 63. nu. 5. lib. 2. Corn. in conſ. 72. num. 9. lib. 5. Dec. in l. ex pœnalib. nu. 5. de reg. iur. Io. Crotus in conſ. 11. num. 48. libr. 1. Ruin. conſ. 24. ad fin. lib. 1. & in conſil. 29. ad fin. lib. 2. Soci. ſen. in conſ. 24. nu. 41. lib. 1. & 159. nu. 19. lib. 2. Socin. iun. in conſ. vlt. n. 39. lib. 1. Berous in conſ. 44. nu. 6. & 16. lib. 1. Gozz. in conſ. 94. n. 7. Ant. Gabr. lib. 1. commun. concl. tit. de probat. concl. 7. n. 16. Io. Lup. in Rub. de donatio. inter vir. & vxo. §. 48. n. 1. Alios citat Maſcardus de proba. vol. 3. concl. 1164.*

Fundamentum eſt, quia nemo præſumitur iactare ſuum, *l. cum de indebito. ff. de probatio.* Iccirco non præſumitur quis conſumpſiſſe pecuniam, ſed potius locupletior factus, *l. ſi defunctus. C. arbitrium tutelæ.* Imo præſumitur res extare adhuc, & non eſſe conſumpta, *argumento l. ſi creditor. C. de pigno. actio. & eorum quæ tradit. Bar. ad l. ſi quis ex argentariis, §. An vero. ff. de eden.*

Huc accedat text. in l. quod ſi minor. §. reſtitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. quibus in locis dicitur minorem reſtituere debere pecuniam, quę ad eum peruenit, niſi quis ſciens eum conſumpturum, dederit.

Sed contrariam ſententiam, nempe pecuniam conſumptam præſumi, & iccirco probandum eſſe conuerſam fuiſſe in vtilitatem accipientis: amplexi ſunt Angel. ſibi parum conſtans, *in conſ. 160. circa fin.* Dec. *ad l. certi condictio. §. quoniam, n. 3. ff. ſi cer. pet. Ruin. in conſ. 204. n. 15. lib. 1. & in conſ. 91. nu. 6. lib. 5. Iaſ. ad l. Neſſennius. §. fundum. nu. 4. ff. de re iudi. Felin. in c. de quarta, col. 10. verſic. ſecunda reſtrictio, de præſcript. Curt. ſen. in conſ. 72. colu. 4. verſ. ſeptima concluſio. Curt. iun. in conſ. 6. n. 26. & n. 28. Caſtr. in conſ. 247. num. 6. lib. 1. Gomeſ. in §. actiones, num. 21. Inſtit. de act. Alciat. ind. l. certi condictio. §. quoniam, num. 10. Cagnol. in l. ex pœnalib. n. 3. de reg. iur. Hyppolit. Riminal. in §. vlt. num. 72. in Inſtit. quibus alienare non licet. & in conſ. 43. lib. 1. Menoch. de præſump. lib. 6. præſum. 27. n. 6. & de recup. poſſ. remed. 15. n. 568. Cranct. in conſi. 550. nu. 16. li. 3. Alios citat Maſcardus loco ſuperius annotato.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex eo, quod docet glo. *communiter recepta in l. vlt. C. de vſucap. pro empto.* Nempe probari quempiam eſſe factum locupletiorem, ſi probetur pecuniã extare apud eum, qui accepit, aut in ſumptus neceſſario erogatam, aut aliquid ex ea emptum.

Secundum argumentum eſt ex l. in pupillo. ff. de ſolutio. dum ibi dicitur, tempus litis conteſtatæ inſpiciendum eſſe, vt

ſcia-

ſciatur, an aliquis factus ſit locupletior. Ergo non ſufficit probare, pecuniam ad eum perueniſſe.

Tertium eſt ex l. vtrum. ff. de petitio. hęred. dum ibi dicitur, verbum *perueniſſent*, accipiendũ eſſe cum effectu, ſcilicet ſi bonæ fidei poſſeſſor ex eo factus ſit locupletior.

Quartum eſt ex l. prædiorum, & ex l. ſi prædium. C. de prædijs minorum: in illis verbis: [*Pro eo duntaxat parte te conueniri permittet, quam in facultates tuas erogatam eſſe conſtiterit.*]

Quintum ex l. 1. & 2. C. ſi aduerſus creditorem, in illis verbis. [*Nec doceri potuiſſe, ex eo contractu locupletiorem eſſe factum.*] item ibi. [*Nec ea in rem tuam verſa eſt, &c.*]

Tertia eſt ſententia diſtinguens. Aut contractus nullus eſt cum pupillo, vel minore initus, & tunc is, qui dicit eum locupletiorem factum, id probare debet aliunde quam ex eo, quod pecunia ad eum peruenerit. Aut contractus initus valet, ſed minor petit ſe reſtitui, & tunc ſufficit probare, pecuniam ad eum perueniſſe, eique onus probandi incumbit, pecuniam male fuiſſe inſumptam. *Ita gloſſ. in l. prædiorum, C. de prædiis minor. & ibi* Bartol. qui tamen dicit id non procedere in pecunia fœnori accepta.

Eandem ſententiam ſecuti ſunt Bald. Salic. & Ange. *ibi Socin. ſen. in conſ. 115. col. vlt. lib. 1. Hyppol. Rimin. in d. conſ. 43. n. 9 lib. 1.*

Aliam hac in re diſtinctionem adhibet idem Bart. *in l. 1. C. ſi aduerſus creditorem*, quam placuiſſe multis, teſtatur Pinell. ad l. 2. C. de reſcin. vend. in 3. part. c. 1. n. 27. [*Quandoque,* inquit Bartol. *minor repetit rem ſuam alienatã, dicens cõtractum ipſo iure nullum, reus autem vult retinere, rem dicens pretium conuerſum in vtilitatem minoris, & tunc reus probare debet minorem locupletatũ, ita loquitur l. ſi prædium. C. de prædiis minorum. Quandoq; minor repetit rem ſuam per reſtitutionẽ in integrum, vel alias petit ſe reſtitui, & tunc aduerte, quia ſi minor dicit ſe læſum in eo, quod vendidit, quia non expediebat ſibi vẽdere, aduerſarius vult retinere rem pro pretio, quod dedit minori, quod eſt verſum in vtilitatem minoris, tũc aduerſarius debet probare minorem locupletatum, quia eſt cauſa ſuæ exceptionis l. patri. §. 1. & 2. ff. de minoribus, l. ſi res. §. 1. de iure dot. Quandoque minor petit ſe reſtitui, quia læſus eſt in eo, quod pretiũ perdidit, & tunc debet ipſe probare, ſe perdidiſſe, quia eſt cauſa ſuæ intentionis, l. Minorib. C. de in integ. reſtit. l. nam & poſtea. §. quod ſi minor. ff. de iureiur. fallit in fœneratore, hic eſt caſus:*]. Hactenus Bart. idem præclare docet Duaren. *ad tit. C. ſi aduerſ. creditorem.*

Poſtrema eſt ſententia Pinell. *ad l. 2. part. 2. c. 4. num. 66.* Aut verſamur in contractu cum minore facto, & tunc probandum eſt minorem fuiſſe locupletatum aliunde, quã ex eo, quod pecunia ad eum peruenerit. Aut verſamur in contractu facto cum maiore, & tunc ſi probetur pecuniam ad eum perueniſſe, eo ipſo locupletior factus probatur.

Ego ſane in eorum ſententiam ſum procliuior, qui ſimpliciter docent, probandam eſſe pecuniam in vtilitatem verſam, ita vt non ſufficiat probare pecuniam ad minorem, vel alium, perueniſſe: Si enim ex eo, quod pecunia ad aliquem peruenerit, præſumeretur ex ea factus locupletior, non erat opus, vt illud à lege requireretur, nempe ex ea pecunia, vel alia re, quæ ad quempiam peruenit, eum factum eſſe locupletiorẽ, ſed dicendum erat eum teneri, niſi probaret ſe conſumpſiſſe. Solet enim iuris præſumptio onus probandi in eum transferre, contra quem viget, *l. non eſt veriſimile. ff. de eo quo met. cauſa.* At leges requirunt probationem. Id patet ex legibus pro hac ſententia ſuperius citatis. Sed ſatis diſerte id patet ex l. ſine §. interpoſito, ff. de admin. tut. vbi text. ita dicit. [*Quæro an cum ex hac vẽditione melior factus non ſit, neq; in rem ſuam quicquam verſum probetur, pretium emptori reſtituere non debeat? &c.* Quibus verbis apparet id probari oportere, nempe, pretium in vtilitatem verſum, quod certe probandum non eſſet, ſi præſumeretur verſum ex eo, quod ſolutum fuiſſet minori. Similiter in l. patri. §. item ex diuerſo, ff. de minoribus, ait text. [*Iuuenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia factus eſt locupletior.*] Sed & ex l. Verum ff. de petit. hæc manifeſtum euadit, ex eo, quod res ad aliquem peruenerit non ſtatim præſumen-

ſumendum, cum ex ea locupletiorem factum. Sic enim textus: [*Et verbum quidem perueniſſe ambiguum eſt. Solum ne hoc contineat, quod prima ratione fuit, an verò & id, quod durat, & puto ſequentem Clauſulam Senatuſconſulti ſequendam,* (Nempè, eam quæ requirit, vt ex eo quod peruenit, factus ſit locupletior, vt in l. item veniunt, §. eos. ff. eod. tit.) *Et ſi hæc ſit ambigua, vt ita demùm computet, ſi factus ſit locupletior.*]

Quare id quod ſimpliciter eſt dictum in l. quod ſi minor. §. reſtitutio. ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. & alibi, minorem pretium, quod ad eum peruenit, reſtituere debere, intelligendum erit, ſi ex eo factus eſt locupletior, cuius interpretationis authorem habeo Iacobum Cuiacium *ad lib. 1. Sententiarum Pauli, tit. de Minoribus.* is enim in hanc ſententiam omnes leges accepiſſe videtur, quæ minorem in integrum reſtitutum, ad pretium reſtituendum, condemnant.

Porrò illa legis notiſſima præſumptio, neminem iactare ſuum, ad hanc ſpeciem accommodari non poteſt, quia lex requirit probationem, nec illa præſumptione contenta eſt, *vt patet ex legibus allegatis.*

CAPVT XLVII.

Vtrum is, cui plures res ſunt obligatæ à diuerſis poſſeſſa, contra vnum ex poſſeſſoribus agere poſſit in ſolidum, an verò conuenire omnes debeat pro rata.

DVM controuertitur, an is, cui plures res obligatæ ſunt à pluribus poſſeſſoribus detentæ agere poſſit hypothecaria contra vnum, an verò omnes ſimul pro rata conuenire debeat, adfertur pro deciſione text. in l. Moſchis. ff. de iure fiſci, cuius autoritate omnes poſſeſſores pro rata conueniendos docent Ioan. Fab. *in § item ſi quis in fraudem, numer. 26. in Inſtitut. de act.* Caſſanæus *in Conſuet. Burgund. rub. 5. § 2. num. 37.*

Et Afflictus *ad Conſt. Neapolit. lib. 1. rub. 17. num. 26.* hanc ſententiam æquiorem eſſe dicit, ideoque ſeruari in Regno Neapolitano.

Sed contraria ſententia ſemper mihi probabilior viſa eſt, nempè poſſeſſorem quemlibet in ſolidum conueniri poſſe. Huius ſententiæ autores habeo Bart. *in d. l. Moſchis.* Spec. *de oblig. & ſol. § 1. num. 46. verſ. Item debitor meus. Iaſonem in § Item ſi quis in fraudem, numer. 128. Inſtitut. de act. Neguſantium de pigno. 1. membro, 8. partu princip. num. 50. Couuar. lib. 3. var. reſ. c. 7. num. 7. Ioan. Bapt. Lupum, Geminianum, ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. Comment. 2. § 2. num. 68.* Et probatur ea ratione, quia & omnes res obligatæ ſunt creditori, & nulla eſt lex quæ talem diuiſionem inducat. Immò verò Iuriſconſultus facit ab hac ſententia *in d. l. Moſchis,* in illis verbis. [*Æquũ putauit Imperator, prius hæredes conueniri debere, deinde in reliquum poſſeſſorem omnem.* Ego interpretor, *poſſeſſorem omnem,* non collectiuè, vt loquuntur, ſed diſtributiuè. Ita vt ſenſus ſit, quemlibet poſſeſſorem conueniri poſſe, ſi enim pro rata contra quemlibet inſtituenda eſſet actio, Iuriſconſultus dixiſſet, omnes poſſeſſores conueniendos eſſe pro rata. Atque ita ſentio.

CAPVT XLVIII.

Proponuntur duæ Controuerſiæ, circa Pontificis reſponſum, in c. nauiganti, de vſuris.

GREGORIVS IX. *in cap. nauiganti, de vſuris,* ſcribit in hæc verba: [*Nauiganti, vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniæ quantitatem, pro eo, quod ſuſcipit in ſe periculum, recepturus aliquid vltra ſortem, vſurarius eſt cenſendus.*] Ex hoc reſponſo duæ exiſtunt controuerſiæ. Altera ex Iuris Cæſarei legibus, quibus huiuſmodi nauticum fœnus approbatur. Eſt, inquam controuerſia, an leges Ciuiles videantur eſſe ſublatæ. Altera eſt controuerſia, an in dubio, talis mutuans præſumatur non aliter mutuaturus fuiſſe, niſi propter periculum aliquid vltra ſortem accepiſſet, & conſequenter vſurarius cenſendus ſit.

Quod attinet ad primam, Iure Canonico ſublatas eſſe Cæſareas leges propter hunc Canonem Gregorij, reſponderunt Hoſtienſ. *in ſumma, de vſuris, verſ. In alijs autem caſibus omnibus.* Ioan. de Anania, *in d. c. nauiganti,* Salicet. *in Authent. Ad hæc. C. de vſuris. Ioan. Faber, in Rubr. C. de nautico fœnore. Anch. in Reg. Peccatum, quæſt. 5. de reg. iur. lib. 6. Guido Papa, in tract. de Contract. num. 18.* Benuenu-

tus Stracha, de aſſecuratio. in præfatione, num. 27.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Modern. Pariſ. *de Contract. q.* 3. & Adrian. *in tract. de vſuris.* exiſtimantes Pontificem Gregorium loqui, cùm Vani periculi occaſio prætexitur, vt eo colore quæſito, creditor aliquid vltra ſortem lucretur in fraudem, vſurarum, licèt verè nullum ſubeat periculum. A qua quidem ſententia non procul abeſſe mihi videtur Nauarrus *in Manuali Confeſſar. cap.* 7. *num.* 284. ſic enim ait: [*Gregorio Pontifici maximo animum fuiſſe obuiandi quàm plurimis vſuris palliatis, quæ fiebant mutuando cum aſſecuratione, ſuſceptopro ea pretio quàm plurimis, qui volentes ſibi mutuari, & non inuenientes, qui gratis mutuarent, fingebant ſe velle traycere pecuniam in alias terras, & velle eas ſibi aſſecurari, addito pretio iuſto, quo inuenirent mutuatores. Obuiauit autem inducendo præſumptionem Iuris, & de iure, qua qui id faceret, præſumeretur vſurarius, & ita non dixit eum, qui hoc faceret eſſe vſurarium, ſed cenſendum, hoc eſt, præſumendum eſſe vſurarium. Quæ prouiſio digna fuit ſanctitate, & eruditione Gregorij IX. & firmatur ratione prædicta, per quam ſoluuntur argumenta, per quæ prædicti, & etiam nos intellectum communem reliquimus.*] Hactenus Nauarrus, qui & *in conſil.* 21. *tit. de vſuris.* ſententiæ huius ſuæ mentionem facit aliqua declaratione adhibita.

Cæterùm, omiſſis aliorum ſententijs, hæc eſt communis Doctorum interpretatio & concluſio; Licitum ac permiſſum eſſe mutuum, ea lege, vt mutuanti aliquid vltra ſortem detur, propter periculum amiſſionis ſortis. Quod verò Gregorius reſpondit, ita eſſe accipiendum, cùm mutuans non aliter mutuaturus eſſet, niſi fieret ea conuentio de periculo ſuſcipiendo, & de ſoluendo aliquid ob eam cauſſam vltra ſortem. Talis enim contractus videtur eſſe fœneratitius, neque enim licet aliquid in pactum deducere, per quod mutuo accipiens, mutuanti obligetur ad aliquid faciendum, iuxta illud Euangelicum; [*Mutuum dantes, nihil inde ſperantes,*] *ita ſanctus Antoninus in ſumma, parte* 2. *tit.* 1. *cap.* 7. §. 21. *Conrad. de contract. quæſt.* 39. *concl.* 1. *Syluester Prier. in ſumma, in verbo, vſura,* 1. § 35. *Alios citat Couarr. lib.* 3. *var. reſol. cap.* 2. *num.* 5. *& Ioan. Bapt. Lupus Geminianus in Comment. ad d. c. nauiganti, Comment.* 3. §. *num.* 15. *&* 16.

Fundamenrum eſt in eo; Quòd talis conuentio, qua propter ſuſceptum periculum aliquid vltra ſortem accipitur, iuſta & licita eſſe reputatur ab omnibus, etiam in foro conſcientiæ. Quare cùm ſummus Pontifex contrarium decernat, neceſſe eſt eius reſponſum intelligere eo in caſu, quo talis conuentio eſt illicita. Eſt autem illicita, cùm pactum ſuſcipiendi periculi non ſponte fit, ſed neceſſariò, quia ſcilicet, non aliter quis mutuare velit, quàm ſi ita paciſcatur.

Ego ſanè hac in re exiſtimarem omnium commodiſſimam eſſe eam interpretationem, qua Pontificis reſponſum ita intelligeretur, vt eam conuentionem negaret eſſe vſurariam, id quod facilè obtineretur, ſi negatiua dictio textui adijceretur. Nam re vera ex ſequentibus verbis eiuſdem textus fortiſſima eſt conectura, negatiuam deſiderari. Subdit enim textus duos alios caſus, in quibus contractus non eſt vſurarius, & quod perpendi maximè debet, oratio ita continuatur: [*Ille quoque, inquit, qui dat decem ſolidos, & cæt. non debet ex hoc vſurarius reputari.*] Certè indicant hæc verba Pontificem Maximum, etiam in præcedenti caſu idem reſpondiſſe, contractum, ſcilicet, vſurarium non eſſe. Aut oratio eſt penitùs inſinuata, & eo magis inclinat animus in hanc ſententiam, quòd omnis alia interpretatio videtur eſſe magnoperè incommoda. Nam quod dicitur, Pontificem locutum, cum vani periculi prætexitur occaſio, vix probabile videtur, cùm loquatur de mutuante pecunias, eunti, vel nauiganti ad nundinas, quibus maxima imminere pericula notius eſt, quam vt probatione egeat.

Aliæ quoque interpretationes non videntur diuinatione carere. Sed quoniam repugnat huic nouæ opinioni, omnium Codicum fides, communiori ſententiæ lubens acquieſco.

Altera eſt controuerſia, vtrum mutuans ea lege, vt propter periculum ſuſceptum, aliquid vltra ſortem recipiat, præſumatur

non

non aliter fuiſſe mutuaturus, niſi debitor ita paciſceretur. Ioan. Baptiſt. Lupus *in comment. ad dictum c. nauiganti, Comment.* 3. §. 4. *num.* 90. negat præſumi, quoniam in dubio delictum non præſumitur, *l. merito. ff. pro ſocio.* Sed nemini placere poteſt hæc ſententia, qui Pontificis maximi reſponſum affirmatiuè legendum arbitretur. Nam cùm ipſe ſummus Pontifex eiuſmodi contractum vſurarium eſſe iudicet, ſimpliciter & abſolutè *vt patet ex textu*, neceſſariò fatendum eſt ita præſumendum eſſe in dubio, vt qui ea lege mutuat, non aliter mutuaturus eſſet, quaſi contractus, contemplatione pacti factus videatur, iuxta aſſertionem illam Doctorum, *de qua per Tiraquell. ad l. ſi vnquam, in verbo, Donatione largitus, numer.* 188. *C. de reuocand. donat. & per Menoch. conſil.* 109. *numer.* 9. *lib.* 2. Nimirum, præſumi debere contractum eſſe factum reſpectu & gratia alterius, qui incontinenti celebratur. Neque enim alio nomine contractus huiuſmodi vſurarius cenſeri poteſt. Atque huius ſententiæ autores exiſtunt Corneus, *ad l. ſi pacendi, colum.* 16. *C. de pact.* Benuenutus Stracha, *de aſſecur. in præfat. num.* 32. Martin. Nauarr. *in Manuali confeſſ. cap.* 17. *num.* 284.

CAPVT XLIX.

Quid ſit mutuum conſiſtere in his rebus, quæ in genere ſuo functionem recipiunt, per ſolutionem magis, quàm per ſpeciem, vt in l. 2. ff. ſi cert. petatur.

HOc caput in ſtudioſorum gratiam annecto, quibus gratiſſimum erit intelligere, quid ſibi Paulus voluerit in l. 2. §. mutui datio, ff. ſi certum petatur, cùm dixit mutui dationem conſiſtere in ijs rebus, quæ pondere, numero menſurave conſtant. [*quoniam eorum donatione, poſſumus in creditum ire, quia in genere ſuo functionem recipiunt, per ſolutionem magis, quàm ſpecie, ſiue per ſpeciem.*]

Prima expoſitio eſt Accurſij: [*Per ſolutionem,* inquit, *id eſt, vt aliud omninò ſua vice fungatur, ſi fuerit ſolutum, magis quàm per ſpeciem, ſcilicet eandem, & dicto (magis) electiuè ponitur, quaſi dicat per eandem ſpeciem non debet fieri ſolutio.*] Eandem expoſitionem ſecuti ſunt Bartol. Corn. Caſtr. Alexand. Iaſon & Socin. ſen. [*Differentia eſt,* inquiunt, *inter ſolutionem & reſtitutionem. Solui dicitur illud, quod nunquam in ſpecie illa fuit datum. Reſtitui dicitur, quando idem corpus in indiuiduo, quod fuit datum, redditur. Hoc igitur textus vult: In iſtis rebus ideo mutuum conſiſtere, quia tantum habent inter ſe ſimilitudinem, vt idem corpus reddi non ſit opus, cùm per ſolutionem alterius rei, quantum ad ſpeciem, perfectè ſatiſfiat.*] Hæc ferè illi.

Secunda eſt expoſitio Decij in Commentarijs d. §. mutui datio: [*Per ſolutionem,* inquit, *magis, quàm per ſpeciem, non eandem, prout gloſſ. dicit & Paulus Caſt. ſed quia maior eſt ſimilitudo in iſtis rebus, in quibus mutuum conſiſtit, quàm in ſpeciebus, in quibus licèt altera alteri aſſimulari poſſit, non eſt talis ſimilitudo, in qua mutuum conſiſtat, & ſic quod per ſpeciem, quæ pro alia ſimili reddatur, vel maior functio, videtur in rebus, in quibus conſiſtit mutuum, quia per ſolutionem totum ius creditoris conſeruatur, ſed non ſic in ſpeciebus, quæ redduntur deteriores, cùm eadem reddantur, prior tamen ſenſus planior videtur.*] Hactenus Decius.

Tertia eſt expoſitio Vdalrici Zaſij in d. §. mutui datio, [*functionem in mutuo magis attendi in eo, quòd ritè & rectè ſoluatur res accepta, quàm attendatur ſimilitudo ſpeciei, quaſi dicat, quantumcumque res fungibiles ſint ſimiles & inuicem communicentur, tamen ſi non fiat ritè & formaliter ſolutio, tunc non conſiſtit mutuum. Et hoc eſt, quod magis per ſolutionem, quam per ſpeciem functio conſideratur; Eſt ergo ritè facta ſolutio numeri ad numerum, ponderis ad pondus, menſuræ ad menſuram: Id quod gloſſ. hic in verbo Creditum videtur à remotis attigiſſe: Vnde ſi menſurarem tibi decem corbes frumenti, tu ponderares mihi aceruum frumenti, non eſſet ritè facta ſolutio: Et tamen ſpecies natura ſimiles ſunt datæ. Et hæc eſt magis per ſolutionem, quàm per ſpeciem.*] Huc uſque Zaſius.

Quarta expoſitio eſt Alciati in d. §. mutui datio, & lib. 2. Paradox. cap. 2. [*Per ſolutionem magis, quàm per ſpeciem, hoc eſt, quia in eis non cenſetur obligata ſpecies, ſeu ea res, quæ data eſt; ſed recipiunt functionem ſuam per ſolutionem, quia ſi tantundem ſoluas, liberaberis. Species enim eadem reſtituenda non eſt. Tametſi & quandoque reſtituatur, vt quando res conſumpta non eſt,*

quia debitor ea non indiguit, & eandem reſtituere vult, poteſt enim etiam inuito creditor, quo ſenſu recepto dictio (magis) ſtat comparatiuè, iuxta naturam ſuam.] Hæc Alciatus.

Quinta expoſitio eſt Ioan. Franciſci Ripæ. in d. §. *mutui datio*, vt ſit ſenſus. [*Harum rerum datione poſſumus in creditum ire. Quia etſi debitor, qui rem mutuatam conſumpſit, videatur aliam ſpeciem ſoluere, & ſic aliud pro alio contra regulas iuris; quia tamen hæ res recipiunt functionem in genere ſuo, non dicitur aliud ſolui, & ideo magis per ſolutionem eiuſdem, quàm per ſpeciem diuerſam, id eſt, ſolutionem diuerſæ ſpeciei, functionem recipiunt, quod in cæteris rebus contingere non poteſt. Ideo in cæteris non poſſumus in creditum ire. Hic eſt ſenſus huius literæ.*] Sic Ripa.

Sexta expoſitio eſt Nicolai Belloni, lib. 1. Supputationum Iuris, c. 4. Dicitur in dicto §. [*Mutui dationem in ijs rebus conſiſtere, quæ pondere, numero, menſurave conſiſtunt, quoniam iſta functionem in genere ſuo recipiunt, ſed contrà. Nam vinum nouum eſt eiuſdem generis cuius vetus, & tamen non recipit functionem cum veteri. Ad hoc replicat I. C. verum eſſe, quod ex eo ſolo, quod ſpecies, id eſt, corpus eiuſdem generis reddatur, iſta non recipiunt functionem, ſed cùm debeat fieri ſolutio, non modò eiuſdem generis, ſed etiam eiuſdem qualitatis, id eſt, bonitatis, l. cùm quid. ff. ſi cert. pet. eo. modo recipiunt functionem. Erit igitur ſenſus, quòd hæc recipiant functionem, & ex corpore eiuſdem generis, & ſic ex ſpecie, & ex ſolutione: & tamen magis per ſolutionem, quia debet eſſe eiuſdem bonitatis; quam per ſpeciem, id eſt, corpus datum in eod. genere, quia poſſet eſſe deterius. Et in ſumma vult dicere I. C. quòd ſolutio qualificata ſit illa, quæ perficiat functionem.*] Sic ille.

Septima eſt expoſitio Franciſci Duareni lib. 1. Anniuerſ. diſput. c. 14. *Functio*, inquit Duar. *præter vulgarem, & notam omnibus ſignificationem pro penſitatione, ſeu ſolutione alicuius rei debitæ vſurpatur, quod genus loquendi ex eo, ni fallor, ductum eſt, quod qui tributa, aut vectigal pendunt. Reipubl. fungi munere, vel tributione dicuntur à veteribus; Eamque penſitationem Cicero functionem muneris appellat. Senſus igitur horum verborum eſt, mutuum rectè contrahi de his rebus, quæ functionem, id eſt, præſtationem & redditionem in genere ſuo magis, quàm in ſpecie excipiunt: id eſt, quæ eius ſunt naturæ, vt præſtando rem aliam eiuſdem generis, creditori ſatisfiat: Et quæ inutiliter vtendæ concederentur, ſi ſpeciem ipſam, quæ data eſt, reddere cogeretur debitor.*] Hæc Duarenus.

Hanc ſolutionem Robertus Aurelianus impugnat, *lib. 3. Sentent. c.* 14. quem poſt Donellum, quem refert, ſecutus eſt Vulteius *diſceptationum ſcholaſticarum, cap.* 14. functionemque iſti interpretantur ſatisfactionem, & ex ea contingentem liberationem, quam affert rerum earum præſtatio; quoniam his rebus, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, ſoluendis, planè ſatisfiat creditori, vt conqueri non poſſit, quippe quòd eiuſcemodi ſint, vt ſingulæ eiuſdem generis ſingularum vicem ſolutione æqualiter ſubire poſſint, ſicque pro alijs aliæ ſolui corpore quidem, ſed non qualitate, aut æſtimatione; vt quamuis non eadem, quæ data fuerunt, ſpecies reddantur, tantundem tamen ſolutum, æqualiſque omninò, ac propemodum eadem res reddita dicatur.

Poſtrema eſt ſententia Forcatuli, quam ex Federico Scoto referam, qui nouiſſimè ſcripſit elegantiſſima, Commentaria in d. §. mutui datio, & eam ſequi videtur. Is legit textum hoc modo: [*Quoniam earum datione poſſumus in creditum ire (quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem) magis quàm per ſpeciem.* Sicque illa verba (*quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem,*) in parentheſin includit. Scribit ergo Forcatulus, omnem difficultatem eſſe in verbis illis, *magis per ſolutionem, quàm per ſpeciem. Hinc illas anguſtias: Hunc eſſe editum illum montem; quia viam cliuoſam & aſperam reddit. Hunc illum verticem, à quo nulla interpretum nauis tuto nauigare creditur. Sed vt Annibal alpes alioquin inuias diuidendo peruias fecit, & Xerxes Helleſponti impetum ponte medio euaſit, & iura fugiendarum rixarum cauſa communiones ſegregant, eas parientes; ita vbi nos interſtitio diuiſerimus verba hæc, magis per ſolutionem, quàm per ſpeciem, vnde illa ſeges diſcordiæ: perſpicuam fore Iuriſconſ. ſententiam. Non enim hoc (magis quàm per ſpeciem) referri ad proximè dictum, per ſolutionem ſed ad illa verba. (Quoniam earum datione poſſumus in creditum ire) vt contextum ordinemus ita. Quoniam earum datione poſſumus in creditum ire magis quàm.*

gis quàm per ſpeciem. Reſpondeo procedit: Quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionē.] Itaque cum Iuriſc.dixiſſet, mutuum conſiſtere in rebus pondere, numero, menſuraue accōmodatis, adiunxit, magis nō poſſe in creditum ire, quā per ſpeciem, quæ non cōmunicat effectus, vt prædictæ res, quæ recipiūt functionem in genere ſuo. Id eſt, quæ redduntur, datarum loco omnino ſunt, & pro datis habentur. Atq; hoc eſt quod dicitur, functionem recipere. Hactenus Comite Feder.ſententiam Forcatuli retulimus.

Sed vt, & quid ipſe ſentiam, breuiter exponam, in primis animaduerto text. d. l. §. mutui datio, diuerſimode legi. Aliqui enim Codices habent: [*Quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem, quam ſpeciem. Alij per ſolutionem magis, quam ſpecie,*] ſic habetur in Florētinis, Holandriniſq; Pandectis. [*Alij per ſolutionem magis, quam per ſpeciem.*] Codicem nullum legi, qui ea verba in parentheſin includat, ſicut Fortaculus, quo fit, vt eius lectionis fides penes relinquenda ſit. Illud conſtat, omnes fere lectiones eundem ſenſum habere (Forcatuli lectionem excipio) huiuſmodi res functionem in genere ſuo recipere per ſolutionem magis, quam per ſpeciem. Illa dictio, (magis) ſubauditur, neque eſt inuſitatus loquendi modus, *vt declarat Antonius Auguſtin.libr.4.Emendat.cap.*8.

Omnis difficultas eſt in eo poſita, quo modo verum ſit, res, quę pondere, numero, menſuraue conſtant, functionem in genere ſuo recipere per ſolutionem magis, quā per ſpeciem. Et quidem quid ſit functionem recipere, videtur inter omnes, paucis certe exceptis, conuenire, nimirum nihil aliud eſſe, niſi vnam rem fungi vice & natura alterius, in eodem genere, ita vt præſtando aliam rem eiuſdem generis, creditori ſatisfiat. Et in ſumma res, quæ redditur licet alia ſit, habeatur tamen eius loco; quæ data eſt: Vt puta mutuo accipit quis centum aureos: creditori ſatisfaciet, ſi totidem reddat, licet non eos ipſos, quos mutuo habuit. Ergo illa verba, [*per ſolutionem magis, quam ſpecie.*] hunc habent ſenſum. Functionem eas res recipere, dum ſoluuntur, quia ſolutio facta aliarum rerum generis eiuſdem, debitorem liberat magis, quā per ſpeciem, quia ſpecies, puta aurei, qui creditori reſtituuntur, non funguntur vice aureorum mutuatorū ſuapte natura: quaſi ſpecies vna alteram eiuſdem generis repręſentet, & vicem eius ſubeat: differt enim, nec eadem eſt cum alia ſpecie, ſed dum ſoluitur creditori, fungitur alterius vice. Nam aurei, qui redduntur, non ſunt eidem cum mutuatis, ſed eorum vicem ſuſtinent, per ſolutionem.

CAPVT L.

Vtrum ei, qui mutuo aureos nummos accepit liceat reddere creditori inuito eorum æſtimationem & pretium in alia materia, puta in argenteis nummis.

DEbitorum, qui nummos aureos mutuo accepit, reddere non poſſe creditori inuito eorum æſtimationē in alia moneta, cenſuerunt Bart.*ad l.1.§.vlt.ff.de auro & argen.leg.ad l.Paul.ff.de ſolut. & ad l.quæ extrinſecus,ff.de verbor.obligat.* Caſtr.& Imola.*in d.l. Paul. Alex. & Aret. ad l.2.§.1.ff.ſi certum peta. Ant.Butr. & Abbas Panor.in c.quanto,de ſol.Bal. ad l.ſi quis argentum,C.de don.Boerius deciſ.*327. *Couar.de vet.numiſm.collat.c.3.§.vnic.* Quorum fundamentum illud eſt, quoniā aliud pro alio inuito creditore ſolui non poteſt, *l.2.§.1.ff.ſi cert.pet.*

Sed contrariam ſententiam procul dubio probabiliorem cenſeo; & amplectendam, quoniam hoc in caſu non ſoluitur aliud pro alio. Si quidem in nummis ratio tam habenda eſt poteſtatis, ſeu æſtimationis, quam ipſorum qualitatis, *l.1.ff.de contrahend.empt.ibi, Non tam ex ſubſtantia, quam ex quantitate, &c.*

Huc accedat I.C. *in l.Paulus* 99.*ff.de ſolut.* docens creditorem non eſſe cogendum in aliam formam nummos accipere, ſi ex co damnum paſſurus eſt, ergo ſi damnum paſſurus non eſt, cogitur accipere. Hinc etiam Iuriſconſultus in l. Quæ intrinſecus, ff. de verbor. obligat. [*Nihil obeſſe ſtipulationi reſpondit, cum ſtipulanti denarios* (ſcilicet argenteos

genteos) *aurei promittuntur eiuſdem quantitatu.*] Et Imperator *in l. vnica, C. de argenti pratio quo theſauris infertur, eodem lib.* ſtatuit, vt in publicis collationibus liceat pro viginti libris æris, vnum auri ſolidum, & pro ſingulis argenti libris, quinos æreos inferre. Et ſi creditoris nihil interſit, mihi pro debitore ſumma æquitas pugnare videtur, *argumento l. 2. §. Varus. ff. de aqua pluuia arcend.*

Deniq; hæc ſententia conſuetudine recepta eſſe videtur, & authores habet non contemnendos Alciatum *ad d. l. 2. §. Mutui datio, nu. 11. ff. ſi certum petatur.* Purpurat *ibid. num. 31.* & nouiſſime Comitem Federicum Scotum inſignem Iuriſconſultum, *ibid. nu. 251.* Curt. iun. *ad l. cum quid, num. 25. ff. eod. tit.* Pinel. *ad l. 2. C. de reſcind. vend. in 1. parte Rub. c. 3. n. 7.* & quendam Doctorem Gallum *lib. queſt. illuſtr. cap. 15.*

Capvt LI.

Quatuor Controuerſiæ tractantur circa mutuum.

Placet hic ſubiicere quatuor controuerſias ad eãdem mutui materiam ſpectantes. Prima, Vtrum agens ex mutuo, nec probans numerationem factam, ſed tantum confeſſionem receptæ pecuniæ obtinere poſſit.

Secunda, Nunquid mutuum plene probatum eſſe dicatur, ſi vnus teſtium de numeratione teſtificetur, alter vero de confeſſione.

Tertia, Si varie teſtificentur teſtes examinati, quia videlicet, vnus affirmat centum mutuata, alter ſuptuaginta, alter quinquaginta, nunquid mutuum ſufficienter probatum eſſe dicatur, ſaltem quinquaginta.

Quarta, vtrum ſi quis teſtibus probauerit ſe mutuaſſe, licet de quantitate non teſtificentur, de ipſa quantitate ſtandum ſit actoris iuramento.

Quod attinet ad primam, triplex eſt Doctorum ſententia. Prima, eiuſmodi agentem obtinere non poſſe. *Huius ſententiæ autores ſunt Spec. tit. de teſte, in prin. nu. 66. verſ. Sed pone egi contra te ad decem. Bart. ad l. ſi ita ſtipul. §. Chryſog. ff. de verbl. obl. Ang. in conſ. 55. in quaſt. vertente, Tiraq. alios citans, de retract. conuent. §. 4. gloſſ. 6. poſt num. 10.*

Fundamentum eſt: quia agens ex vna cauſa, & probans aliam, ſuccumbit, *l. qui habebat, ff. de inſtitut. actiu.* Sed actor in præſenti ſpecie agit ex numeratione, agit enim ex mutuo, & aliud probat, nempe Aduerſarij confeſſionem: Ergo ſuccumbere debet. Aliud autem eſſe confeſſionem, aliud numerationẽ, conſtat ex l. 1. & 2. C. de dote cauta non numerata, & ex l. 1. §. mutuum. ff. ſi quid in fraudem Patroni. Huc accedat text. in l. ſi ex cautio. C. de non numerata pecunia, ibi, [*Compellitur petitor probare, pecuniam ſibi eſſe numeratam, quo non impleto abſolutio ſequetur.*]

Secunda eſt opinio, agentem in propoſita quæſtione obtinere debere. *Autores ſunt Bart. in l. certi condictio, § ſi nummos, num. 6. ff. ſi cert. pet. Bald. ad l. generaliter. in 9. quaſt. C. de non numerata pecun. Salicet. ibi. in quaſt. 17. & in d. l. ſi ex cautione, col. penult. eod. tit. Paul. Caſtr. ad l. 2. § vlt. ff ſi certum petat. & alij, quos refert & ſequitur Ioſeph. Maſcardus, de probat. vol. 2. concluſ. 1084. num. 4.*

Fundamentum eſt in eo, quia licet confeſſio non inducat obligationem, probat tamen iam inductam, *l. Publia, ff. depoſiti.* Quare, ex confeſſione dubitandum non videtur, quin mutuum probetur contra confitentem, *argumento l. pecunia, C. de ſolutionib.*

Tertia eſt ſententia Alexandri diſtinguentis. *in l. 1. §. ſi quis ita ff. de verborum obligation.* Aut tempus eſt elapſum opponendi exceptionem non numeratæ pecuniæ, aut non eſt elapſum. Priore caſu confeſſio probat numerationem. Poſteriore non item, quia opponi poteſt exceptio, & ideo Actor ſuccumbit, niſi probet numerationem; *l. ſi ex cautione, C. de non numerata pecunia.*

Nec obſtat huic diſtinctioni, quod dicitur, Agens ex vna cauſa, & aliam probans, ſuccumbit: quia actionis, ſeu petitionis verba ſecundum eum ſenſum accipienda ſunt,

ſunt, qui agenti magis fauet, *l. ſi quis intentione, ff. de iudic.*

Ego illud obſeruandum hac in re in primis cenſeo, hanc quæſtionem non eſſe intelligendam eo caſu, quo exceptio non numeratæ pecuniæ vel opponitur, vel opponi poteſt. Nam cum talis exceptio locum habet, explorati iuris eſt, numerationem eſſe probandam, *l. ſi ex cautione, C. de non num. pecun.* quæ lex in his terminis loquitur.

Diſputant ergo Doctores, an ex numeratione agens, & confeſſionem de recepta pecunia probans, obtinere debeat, vbi exceptio non numeratæ pecuniæ ceſſat. Et hac in re eorum ſententia mihi magis probatur, qui affirmant. Talis enim confeſſio probat numerationem factam hoc in caſu, *l. in contractib. C. de non num. pec. l. Pecunia, C. de ſolut. l. Publia. §. vlt. ff. depoſiti.* & hoc eſt fundamentum agentis, ergo obtinere debet. Et ſi quidem de tali confeſſione chirographum extet, res eſt perſpicua, quia poſt biennium oritur obligatio, *vt in Inſtitut. de literar. obligat.* Si vero chirographum non extet, dubitari poteſt, ex [illegible]o, quod ceſſante ſcriptura, non oritur obligatio literarum, *argumento Rubr. in Inſtit. de literar. oblig. & l. in contractib. C. de non num. pecun. tradit Gloſſ. in l. ſi non ſinguli, C. ſi cert. pet. Imol. in cap. ſi cautio, num. 23. de fide inſtrumen.* Tamen & in tali confeſſione, quæ per ſcripturam non probatur, quantum ad quæſtionem iſtam, idem iuris eſſe puto, quia nemo negauerit, per confeſſionem etiam teſtibus probatam, numerationem probari, cum in litibus exercendis eandem vim obtineant, fides inſtrumentorum, & depoſitiones teſtium, *l. in exercendis, C. de fide inſtrum.*

Non obſtant contrariæ ſententiæ argumenta, quia licet, aliud ſit numeratio, aliud confeſſio, ſufficit tamen agẽti probare numerationem ex confeſſione. Quod vero pertinet ad l. ſi ex cautione, C de non num. pecun. iam conſtat ex his, quæ dicta ſunt, illam non obſtare, quia loquitur], vbi exceptio non numeratæ pecuniæ agenti obiicitur, vt patet ex verbis ipſius legis.

Quod attinet ad ſecundam, Panormitanus *in cap. cum dilectus, ff. de ſucceſſ. ab inteſt.* dixit, mutuum plene probari, cum vnus teſtis de numeratione, alter de confeſſione teſtificatur, ſed communis ſententia eſt in contrarium, quam ſecutus eſt ipſemet Panor. *in c. cum cauſam, de probat. Decius ibi, & alij quos commemorant Ant. Gabr. commu. concl. tit. de probat. concl. 1. & Ioſeph. Maſcar. de proba. vol. 2. concluſ.* 1084. *n.* 9. *&* 11. vt probetur ex d. c. cum dilectus. ibi, [*Et licet vnus teſtis ſolus dixerit, ſe vidiſſe, &c. Quia tamen alij teſtes dixerant, ſe audiuiſſe, ipſum in præſentia Abbatis confitentem, nõ tanquam ſufficienter probantes, &c.*] Hæc de ſecunda.

Sequitur tertia, in qua vera & communis eſt ſententia, teſtes non probare etiam ſummam minorem, quia ex diuerſitate ſummarum, de qua teſtes deponunt, diuerſitas actuum, id eſt, numerationum præſumitur, *argu. l. Quinquaginta, ff. de proba.* Quod ſi de eadem numeratione intelligantur, non parum eis fidem minuit varietas, *l. qui falſa vel varia, ff. ad leg. Cornel. de falſ.* & manifeſtum eſt eos non plene deponere, nec plene informatos eſſe, quo caſu non credetur teſtibus, *l. Lucius, & ibi Gloſſ. ff. de his quæ notantur infamia. Ita docent Felinus in cap. licet ex quodam, colum. 3. de teſtib. & atteſtat. Alexan. in l. 1. §. ſi ſtipulanti, num. 9 & ibi etiam Iaſon, ff. de verbor. oblig.*

Difficultatem facit, quod Ant. Gabriel. *commun. concl. tit. de teſtib. concl. 2. nu.* 79. & Ioſeph. Maſcard. *de probat. vol. 2. concl.* 1084. *numer.* 16. contrariæ ſententię authores citant, Corn. *in conſ.* 181. *n.* 6. *lib.* 2. Decium *in conſ.* 100. *n.* 4. Alciatum *ad l. 1. §. ſi ſtipulanti, n.* 40. *ff. de verb. oblig.* Ruin. *in d. l. 1. §. ſed ſi mihi, n.* 14. *ff. eod.* Qui quidem Doct. non dicunt illud ad quod allegantur. Immo Ruin. *in d. §. ſi ſtipulanti, nu.* 25. ſequitur communem ſententiam ſupradictam, quod facit & Alciat. *loco annotato,* excepto eo caſu, quo modica eſſet in quantitate differentia. Quare hac in re cauendum eſt à Gabr. & Maſcardo.

Reſtat quarta controuerſia, vtrum iuramento actoris quantitas mutuata probetur, cum probata eſt ſubſtãtia, hoc eſt, mutuatam fuiſſe pecuniã. Et quidem probari, iudice tamen moderante & taxante quantitatem ab actore iuratam cenſuit celebris

olim.

olim Bartoli præceptor, & ciuis meus Rainerius Foroliuienſis, *in l.1. ff. de in litem iuran. quem ſecuti ſunt Capolla cautel. 210. Aliquis mutuauit. Decius in l. in actionibus, colum. 3. ff. de in litem iurand. & in l. certi condictio. §. quoniam. ff. ſi cert. pet. & in c. Sicut, colum. 10. verſ. Sicut ſtatutum, de probat. & in conſ. 146. & 546. col. 4. v. rſ. Tertio reſpondetur. Marſil. ſing. 322. Boer. deciſ. 143. in fin. & 339. ad finem. Curt. iun. in l. admonendi, n. 239. ff. de iureiur. Crauet. de antiquit. temp. in 1. p. c. Vidimus, & abunde, nu. 9. D. meus Tiber. Decia. in conſ. 32. n. 94. lib. 2.*

Fundamentum eſt Rainerij in l. 1. & in l. in actionibus. ff. de in lit. iurand. & in l. cum furti, eod. titul. quæ leges nihil faciunt ad propoſitam quæſtionem.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Purpuratus *in d. l. admonendi, n. 265.* Ioa. Bologn. *in d. l. in actionib. n. 86.* Fanucius *in tract. de in litem iuran. in 1. p. n. 78.* Iſti docent actorem ſuccumbere, niſi probet certam quantitatem; quia paria ſunt, non probare, vel obſcure probare, *l. duo ſunt Titij. ff. de teſt. tut.* Et nemini eſt credendum in cauſa propria, *l. Nullus, l. Omnibus, C. de teſtib. l. Exemplo, C. de probat.*

Tertia eſt ſententia Bart. *in d. l. admonendi, n. 40.* Aut extat aliqua coniectura de quantitate mutuata, verbi cauſſa, ſi probet actor certam quantitatem fuiſſe ab aduerſario mutuo petitam, tūc obtineat Rainerij ſententia, alias coniectura ceſſante, ſecus ſi dicendum: Sequitur eandem ſententiam Fanucius *loco annotato*, necnon Seraphinus Senenſis *de priuileg. iuramenti, priuilegio 38.*

Ego quidem ſententiæ popularis mei libenter adſtipularer, ſed vix habeo ſolidum aliquod aut probabile argumentum. Nam quod profert Crauetta *loco alleg.* ex dolo & malitia negantis mutuum, vt in pœnam eiuſdē conuicti ex diſpoſitione teſtium ſtandum ſit iuramento actoris, *argumento eorum quæ habentur in l. cum de indebito, ff. de probat. & in l. vltim. ff. de rei vend.* hoc, inquam, argum. non ſatiſfacit, quia non videtur plene conuictus eſſe mendacij hoc in caſu is, qui negat, cum teſtes de ipſo mutuo non plene deponant, & teſti non plene deponenti, plena fides habenda non ſit, *vt notatur in dicta l. Lucius, ff. de his qui notantur infamia.*

Quare in ſententiam Bartoli libentius deſcendo, vt ſi coniectura aliqua accedat, iuramento actoris ſtandum ſit, alias ſecus. Nam quæ contractum præcedunt, multum cōferunt ad cognoſcendam contractus naturam, qui ſecutus eſt, *l. Titia. §. 1. & ibi Iaſ. ff. de verb. oblig. Afflict. pulchre, deciſ. 375.*

Caput LII.

Mutuatus pecuniam, an ſtatim, vt eam reſtituat, compelli poſſit.

Controuertitur quoque de mutuo, an ſtatim is, qui mutuatus eſt pecuniam, conueniri poſſit à creditore, vt eā reſtituat; Et conueniri poſſe reſpondit gloſſ. Bald. & Angel. *ad l. ſi pœnam, ff. de verb. oblig.*

Quorum illud eſt fundamentum, quod vbi dies obligationi non adiicitur, præſenti die pecunia debetur, *l. eum qui ſe. §. Quoties, ff. de verb. oblig.*

Sed contrariam ſentētiam veriorem eſſe iudico, eo argumento adductus, quod homines hominum beneficiis iuuari decet, non decipi, *vt inquit Iuriſconſultus, in l. ſicut, §. in commodato, ff. commodati.* Sed ſi ſtatim cogi poſſet debitor, deciperetur potius quam iuuaretur. Atque hæc eſt communis omniū ſententia. *Ita Bart. Alexan. & Iaſ. ad d. l. pœnā, Dec. ad l. in omnibus obligat. ff. de regul. iur. Anch. q. 38. in 2. par. Iacob. Menoch. de Arbitr. Iudicum, caſu 22. Petr. Mozzius de Contractib. tit. de Mutuo, col. 7. num. 4.*

Non obſtat argumentum contrariæ opinionis, quia ſummo Iure inſpecto, ſtatim debitor conueniri poteſt, ſed vt contra Iuris ſtricti regulas multa eſſe pro communi vtilitate conſtituta reſpondit I. C. *in l. ita vulneratus, ff. ad leg. Aquil.* ſic & in propoſita ſpecie communis vtilitas & ęquitas hoc poſtulant, vt non ſtatim debitor conueniri poſſit, ſed aliquod temporis interuallum indulgendum eſt, quo pecunia mutuo accepta, in neceſſarium vſum erogetur.

CAPVT

CAPVT LIII.

Proponitur alia controuerſia de eo, qui dixit alicui: Accipe hanc pecuniam, quiſnam contractus inducetur.

CVM quis dixit amico ſuo: Accipe hanc pecuniam, ſimpliciter, nulla cauſa expreſſa, magna eſt diſſenſio inter Doctores, an videatur pecuniam mutuaſſe, an donaſſe, vel depoſuiſſe; & quid denique ſtatuendum ſit de hac ipſa ſpecie.

Et quidem pecuniam cenſeri mutuatam, reſponderunt Cyn. *in l. incendium, C. ſi certum petatur*, Bart. Angel. & Caſtr. *ad l. cùm quid, ff. eod. tit. & Alex. ibi. num. 12. Iaſ. num. 19. Dec. in 1. lectura, num. 23. & in 2. lect. num. 53. Curt. iun. num. 16. Ant. Butr. in conſil. 65. Ludouic. Rom. in conſil. 138. num. 3. & 290. num. 6.*

Fundamentum eſt: quia pecuniæ numeratio mutuum arguere videtur, & ſolet, *argum. l. certi condictio. §. quoniam, ff. ſi cert. pet. l. Lucius 1. ff. depoſiti, & l. in naue Lauſelli, ff. locat.*

Secunda eſt opinio, mutuum non cenſeri, ſed potius contractum innominatum, ex quo actio in factum detur, præſcriptis verbis: *Autores ſunt Alciat. in d. l. cùm quid num. 38. Rom. numer. 16. Zaſ. num. 42. & idem Zaſius lib. 2. Sing. Reſponſ. cap. 13.*

Fundamentum eſt ex legibus, quibus decernitur, quoties minime conſtat, quis contractus geſtus eſſe videatur præſcriptis verbis, veluti ex contractu innominato, agendum eſſe, *l. 1. ff. de æſtimator. act. l. 1. & l. ſi gratuitum, ff. de præſcript. verb.* Hic autem minimè conſtat.

Tertia eſt ſententia, nullum ex hac facti ſpecie contractum oriri; ſed quoddam duntaxat ius pecuniæ repetendæ, *ita Fulg. in d. l. cùm quid, num. 8. Imola in l. à Titio, num. 4. ff. de verbor. oblig.*

Fundamentum eſt, quia hæc eſt nuda quædam traditio, per quam nunquam dominium transfertur, *l. nunquam nuda, ff. de acquir. rer. dom.* Ergo, nec mutuum eſſe poteſt, nec donatio, nec alius contractus, quo dominium transferatur. ſed videtur eſſe quædam traditio facta ſine cauſa, quamobrem pecunia repeti poterit.

Quarta eſt ſententia, depoſitum videri. *Gloſ. & Bald. in d. l. du ſponſaliorum, §. 1. ff. depoſiti, Caſtrenſ. in d. l. cùm quid, numer. 6. Bologuet. num. 93. Ioan. Coraſ. in fin.*

Fundamentum eſt: quia hæc interpretatio videtur eſſe fauorabilior, & neutra pars læditur ex ea, vnde & recipienda eſſe videtur, *vt docet Caſtrenſ. in l. 1. ff. ſi quis caution.*

Quinta eſt ſententia, donationem videri. *Author eſt Iacob. Menoch. lib. 3. de præſumpt. c. 34. num. 7.*

Primò mouetur ex l. Quòd quis ſciens, ff. de condict. indeb. [*Quòd quis ſciens indebitum præſtat animo repetendi, repetere non poteſt.*] ſic Iuriſconſultus.

Secundò, ex reg. l. 1. ff. eod. & l. cuius per errorem, de regul. iur.

Tertiò, ex l. donari, ff. de donat. [*Donari,* ait textus, *id videtur, quod nullo iure cogente, conceditur.*] vnde ſic videtur in propoſita ſpecie.

Poſtremo, quia videtur capienda eſſe interpretatio contra dantem, qui poterat legem apertè dicere, *ex reg. veter. ff. de pact. l. Labeo. 1. ff. de contrah. empt. & c. contra eum, de reg. iur. in 6.*

Ego verò ſextam conſtituendam eſſe ſententiam, quæ totam hanc diſputationem prudentis Iudicis arbitrio committat, facilè adducor ad opinandum, duas ob cauſas: Altera, quia nulla legi definita eſt, nulloque planè ſolido argumento definiri poteſt; quo caſu arbitrio iudicis res committitur, *l. 1. ff. de iure delib.* Altera eſt cauſa, quia ex facti & perſonarum circumſtantijs coniectura ſumi poteſt, quis contractus, quæ mens fuerit, tum dantis, tum accipientis pecuniam: Aut enim eſt diues, aut pauper, aut cognatus, aut amicus, aut extraneus is, cui pecunia datur. Et quæ præceſſerint, & quæ fuerint acta, dicta, ſecuta, Iudex perpendet, & ex his æſtimabit ex animi ſui ſententia, quid credat, & quid actum fuiſſe opinetur.

Neque ab hac ſententia me abducunt argumenta ſuperiorum ſententiarum. Nam quòd dicebatur ex numeratione mutuum præſumendum, non probatur eo §. quoniam, qui adfertur, aut alijs textib. cum &

ex alijs cauſis numerationem pecuniæ fieri ſolere manifeſtum ſit.

Nec contractus innominatus eſſe poteſt cùm ad aliquod genus eorum reuocari non poſſit, quos recenſet Iuriſconſultus *in l. naturalis, ff. de præſcript. verb.*

Sed nec euinci poteſt depoſitum eſſe; Nec enim illa eſt idonea collectio, fauorabilis eſt contractus depoſiti vtrique parti, ergo quod actum eſt, depoſiti nomine cenſetur, nec vſque adeò fauorabile eſt depoſitum magis, quàm mutuum, aliusque contractus.

Donationem verò non eſſe præſumendam, notiſſima eſt aſſertio ex l. cùm de indebito, ff. de prob. & ex alijs, *vt per Menoch. de arb. iud. caſu* 88. Quare eiuſdem opinioni ſubſcribere non poſſum id negantis, loco iam ſuperius citato in commentarijs de Præſumptionibus. Et licèt, ſi quis ſciens indebitum ſoluat, aut nullo cogente iure concedat, donare videatur, non tamen efficitur ita eſſe præſumendum in hac ſpecie: cùm non conſtet, quam ob cauſam tradatur pecunia, an vt debita cùm non eſſet, an vt accipientis fiat, vt quid actum ſit. Ac de controuerſia iſta ſatis iam philoſophati ſumus.

Capvt LIV.

Contractus ſitne vſurarius, cùm quis ruſtico mutuat ea lege, vt agrum eius colat, iuſta tamen mercede.

NON eſſe contractum vſurarium, cùm quis ruſtico pecuniam mutuat, ea lege, vt colat eius agrum, certa data mercede, reſpondit Bald. *ad l. Rogaſti, §. ſi tibi, ff. ſi certum petat. Et in eandem ſententiam citantur Socin. ſen. in l. quis nec cauſam, num. 12. ff. eod. S. Anton. in Summa, part. 2. tit. de vſur. c. 7. §. 10. Ioan. Lupus in c. per veſtras. §. vlt. num. 39. de donat inter vir. & vxor, & alij.* Quorum illud eſt fundamentum, quoniam hoc in caſu nihil vltra ſortem accipitur. Si enim ruſticus ad agrum colendum ſe obligat, id iuſta mercede data facit. Quòd ſi mutuanti in eo gratificatur, beneficium acceptum, vt decet, compenſare videtur.

Sed contraria ſententia videtur communior & probabilior, quia vſura contrahitur, cùm quid vltra ſortem exigitur, ſiue illud ſit pecunia, ſiue aliud quod pecunia æſtimari poſſit, *c. ſi fœneraueris. 14. quæſt. 3. c. conſuluit, de vſur.* Commodum autem, de quo agitur, nempè, vt quis agrum colat, pecunia æſtimari poteſt, *Ita docuerunt gloſſ. & Bartol. ad l. Rogaſti. §. Si tibi. Ioan. Calderin. Anchar. Cardinalis, Panormit. in cap. vltim. de vſur. Guido Papa, de contractibus illicitis, numer. 14. Diuus Thom. 2. 2. artic. 2. quæſt. 78. & ibidem Caietanus, & ibidem in Summa in verbo vſura exterior, in octauo caſu. Corradus de Contract. quæſt. 36. Sotus de iuſtit. & iure, lib. 6. quæſt. 1. artic. ſecundo. Pierius in ſumma, in verbo, Vſura, quæſt. 7. Nauarr. in Manuali Confeſſariorum, cap. 17. num. 220. Couuarr. var. reſolut. lib. 3. cap. 2. poſt numer. 5. verſ. Verùm aduerſus Adrianum. Ioan. Bapt. Lupus. Geminia. ad c. Nauiganti, comment. 3. §. 1. ſub num. 42.*

Ad contrariæ opinionis argumentum patet reſponſio: quia non eſt verum aſſumptum, Licèt enim ruſtico iuſta merces promittatur, is tamen ſe obligat ad id faciendum, ad quod antea non tenebatur. Non obſtat quod ſubiungitur, eum, qui beneficium accepit, obligatum eſſe ad gratiam rependendam, quia reſpondet S. Thomas *loco annotato*, duplicem eſſe recompenſationem; vnam ex debito iuſtitiæ, alteram ex debito amicitiæ. Is qui beneficium accipit, tenetur ex debito amicitiæ illud recompenſare. Ex debito autem iuſtitiæ tenetur recompenſare ſecundùm beneficij magnitudinem, Cùm autem ex mutui datione aliquis beneficium accipit, non ea eſt beneficij magnitudo, vt teneatur ex debito iuſtitiæ, aliquid vltra ſortem receptam reſtituere creditori. Ergo ex debito iuſtitiæ non tenetur mutuo accipiens ad aliquid ſe obligare, ad quod non tenebatur ante, & ex quo vtilitatem creditor percipiat. De debito autem iuſtitiæ loquimur, non autem amicitiæ: cui enim dubium, ſi ſponte velit mutuatarius colere agrum creditoris potius, quàm alterius, vt ei gratificetur, quin poſſit hoc facere, & hæc ab eo commoda creditor percipere.

CAPVT LV.

Tractantur duæ aliæ Controuerſiæ de Vſuris.

PErtinent ad materiam vſurarum duæ aliæ controuerſiæ. Altera, an vſuram committere dicatur is; qui fœnori pecuniam accepit, quam & alijs fœnori dedit. Altera verò, an ad reſtitutionem vſurarum perceptarum teneantur vſurarij Mercatoris, Inſtitores, Procuratores, & alij, qui eius nomine vſuras exigunt. Quod attinet ad primam, Archid. *in l. plerique.* 14. *quæſt.* 3. negat vſuram committi, quia non lucri cauſſa, ſed damni euitandi gratia, is, de quo agitur, fœnus exercere videtur. Sed contrarium docuit poſt alios quos citat Ioan. Baptiſt. Lup. Geminian. *ad c. nauiganti, de Vſur. comment.* 3. §. 2. *num.* 32. hoc argument. adductus. Aut hic ſecundus mutuator ſtipulatur ſibi vſuras reddi, aut creditor ſuo, à quo ſcilicet, pecuniam mutuatus eſt. Priore caſu vſurarius eſt cenſendus, quia fœnus manifeſtè exercet, cùm pecuniæ mutuo acceptæ ſit dominus. Altero verò caſu ſtipulatio non valet, quia alteri ſtipulari nemo poteſt, *l. ſtipulatio iſta, §. alteri. ff. de verbor. obligat.*

Denique in hanc ſententiam communiter itum eſt, quam & ipſe amplector, vt ſi is, qui mutuo pecuniam accepit, paratus erat eam reddere creditori ſuo, tunc vſuram non committat, quia ab alio, cui mutuat, vſuras accipere videtur, vt ſuæ conſulat indemnitati, ſicut & aliàs ex cauſa damni emergentis, vltra ſortem aliquid accipere licere, inter omnes conſtat: ſecus verò, ſi non erat paratus reddere creditori, tunc enim, cùm pecuniæ ſit dominus, eam mutuare non poteſt, citra crimen vſurarum, vltrà ſortem aliquid exigendo; quia nihil aliud eſt vſura, quàm aliquid vltra ſortem accipere. *Ita Ioan. Calder. in d. c. Nauiganti, Laurentius de Rodulphis, ad c. conſuluit, part.* 2. *quæſt.* 34. *num.* 49. *eodem tit. Ambroſ. à Vignatte ad c. ſalubriter, num.* 47. *eod. tit. Nauarr. in Manuali confeſſ. c.* 17. *num.* 233. *& Ioan. Baptiſt. Lupus Gemin. loco ſuprà citato.*

Quod verò attinet ad alteram controuerſiam, Syluеſter Pierius *in Summa, in verbo, Vſura,* 7. *quæſt.* 4. reſpondit, huiuſmodi Inſtitores, Procuratores & Miniſtros vſurarij, obligatos eſſe ad reſtitutionem vſurarum in ſubſidium, cùm videlicet is in cuius vtilitatem verſa eſt pecunia, ſoluendo non eſt. *Allegat l. ex hoc edicto, §.* 1. *ff. de eo per quem factum erit, &c. & l. & eleganter. § penult. ff. de dolo. Idem reſpondet Hoſt. in Summa, de Vſur. in vltim. colum. ad fin.* Sed Mart. Nauarr. *in Manuali confeſſ. cap.* 17. *num.* 266. *& ſeq.* abſolutè eos teneri reſpondit, & citra vllum excuſſionis beneficium.

Ego verò Pierij & Hoſtienſis ſententiam, veluti æquiorem, amplector; æquum enim eſt, vt primò ſatisfaciat principalis debitor, in cuius commodum, & vtilitatem vſuræ ſunt conuerſæ. Nec mouet, quòd & tales miniſtri videntur eſſe principales delinquentes, veluti cooperatores, & coadiutores ad malum, & ideò teneantur, *ex traditis à D. Thoma* 2. 2. *q.* 62. *artic.* 7. *& latius per Couarr. ad Reg. Peccatum, de reg. iur. lib.* 6. *in* 1. *parte, relect.* §. 12. Quia & nos dicimus eos teneri & peccare, & delinquere, ſed iuris & æquitatis regulam ſequentes, hoc volumus, vt in ſubſidium teneantur, ſcilicet, quòad forum externum, ſicut regulariter conſtitutum eſt in fideiuſſoribus & poſſeſſoribus rei oppignoratæ, vt non teneantur, niſi in ſubſidium, videlicet principali debitore ſoluendo non exiſtente, & facilè adducor ad opinandum contrariæ ſententiæ aſſertores intelligendos eſſe, quantum ad forum internum animæ & conſcientiæ.

CAPVT LVI.

Conſtituens Procuratorem ad accipiendum mutuo pecuniam, vtrum chirographo obligetur, quo Procurator profitetur ſe eam accepiſſe, ſi de numeratione aliter non conſtet.

QVATVOR ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, Dominum, qui ſcilicet, Procuratorem conſtituit, non obligari. *Autores ſunt Bart. Caſtrenſ. Alex. Iaſ. Corn. & Dec. ad l.* 2. *§. vlt. ff. ſi cert. pet. Fel. in c. cùm olim,* 1. *num.* 3. *de offic. deleg. & in c. ſi cautio, num.* 16. *de fide inſtr. Tiraquell. de retr. conuen. §.* 4. *gloſſ.* 6.

num.13. Mar. Garat. in conſil. 50. & alij Iuriſconſult. qui dictum conſilium approbarunt, necnon Franciſcus Maria Plotus ibidem in addit.

Fundamentum eſt: quia non conſtat Procuratorem executum eſſe mandatum, hoc eſt pecuniam numeratam fuiſſe. Etſi enim de recepta pecunia extet confeſſio, multùm tamen inter confeſſionem & numerationem intereſt, *l. ſi ex cautione, C. de non numer. pecun. & toto tit. C. de dote cauta non numerata*. Quare Dominus non obligatur: Nam vt ex facto Procuratoris obligetur, conſtare debet, mandati fines diligenter impletos fuiſſe, *l. Diligenter, ff. mandati, l. cura mandati, C. eodem tit. l. 1. §. non autem, & l. vlt. ff. de exercit. actio.*

Altera eſt ſententia, Dominum hoc in caſu obligari. *Ita cenſuerunt Salicet. in d. l. 2. §. vlt. Imola in c. ſi cautio, de fide inſtr. l. à Diuo Pio, §. ſed ſi emptor, ff. de re iud. Feder. Senenſis in conſil. 53. Titius fecit procuratorem, Zaſ. ad d. l. 2. §. vlt. & lib. 3. Sing. reſponſ. c. 31. Viglius ad d. §. vlt. Lucbin. de Curte inter conſilia Martini Garatta, conſil. 50. & alij ſequaces. Franc. Sarmientus, lib. 3. Select. interpret. cap. 11.*

Præcipuum fundamentum eſt in eo, quod ex chirographo confeſſionis conſtare videatur, fuiſſe creditam pecuniam, & numeratam Procuratori iuxta formam mandati. Id probatur primò ex l. pecuniæ, C. de ſolutio. Secundò, ex l. Lucius, §. Tutelæ, ff. de adminiſtr. tut. Tertiò, ex l. 2. §. vltim. C. de quadriennij præſcript. Quartò, ex argumento ſumpto à veriſimili; eſt enim veriſimile Procuratorem, qui ſic confeſſus eſt, verè pecuniam accepiſſe, *argumento l. qui negotiationem, ff. de negot. geſtis*. Et ſaltem poſt biennium confeſſio vires ſuas obtinere debet, ad inſtar veræ numerationis, ſiquidem biennio lapſo, exceptio non numeratæ pecuniæ ceſſat. Quintò, ex Doctorum aſſertione in ea ſpecie, qua fideiuſſor agit contra debitorem, actione mandati. Nam ſi per confeſſionem creditoris, ſe pecuniam ſoluiſſe probauerit, actio contra debitorem illi competit, *ſicuti reſpondit Alexand. in conſil. 25. libro 5. & alij, quos refert & ſequitur Roland. à Valle, in conſil. 27. numer. 9. lib. 1.*

Pro confirmatione accedat textus à Sarmiento citatus, *in l. cum mandatori, C. de non nu. pec.* vbi dicitur mandatori exceptionem non numeratæ pecuniæ competere, quod argumento eſt, mandatorem obligari ex confeſſione mandatarij, ſi enim non obligaretur, neceſſaria non eſſet exceptio non numeratæ pecuniæ.

Tertia eſt ſententia Alciati *ad d. l. 2. §. vlt. ff. ſi cert. pet.* Hanc rem, veluti iure non definitam, Iudicis arbitrio committendam eſſe, quod non inſcienter dixit, Tiraquello teſte, *loco ſuperius annotato.*

Poſtrema eſt ſententia Petri Mozzij *in tract. de contract. tit. de mutuo, Rubr. de perſonis, quæ poſſunt mutuare, vel non, num. 9.* Priorem ſententiam Bartoli, & ſequacium veram eſſe, inſpecta Iuris Canonici æquitate, per quam exceptio non numeratæ pecuniæ ſemper competit. Poſteriorem autem opinionem veram eſſe ſecundùm rigorem Iuris Ciuilis. Vel dominum conueniri poſſe poſt biennium elapſum, ante verò nequaquam. Vel denique conueniri non poſſe principaliter, ſed in ſubſidium duntaxat, ſcilicet, excuſſo primùm Procuratore.

Sed prætermiſſis diſtinctionibus non neceſſarijs, verior & communior mihi videtur Bartol. ſententia, & ſequacium: Nempè dominum hoc in caſu non teneri ex ſola confeſſione Procuratoris. Nam quod dicitur ex confeſſione probari numerationem, id locum habet contra ipſum confitentem, non contra tertium, *argumento l. Seia, ff. ad Velleianum, l. certum, §. ſed an ipſi, ff. de confeſſis, l. iuſiurandum, C. de teſtibus, cum alijs à Tiraquello relatis de retractu conuen. §. 4. gloſſ. 6. num. 9. & à domino Præceptore meo Ioan. Cephal. in conſil. ſuo 101.*

Nec obſtant leges allatæ ad probandum, ex confeſſione probari numerationem. Nam quod attinet ad l. pec. C. de ſol. de tali confeſſione illa lex non loquitur, ſed de confeſſione creditoris, qui pecuniam ſibi debitam accepit, nec dicit textus contra tertium eam confeſſionem valere.

Ad l. Lucius, §. Tutelæ, reſpondeo, textum loqui de tutore, cuius cõfeſſio meritò

nocet

nocet pupillo, & contra eum probat, quia Tutor generalem habet adminiſtrationem rerum pupilli, eiuſque contractu, & facto pupillus obligatur, *l. poſt mortem. §. 1. ff. quando ex facto tutoris, l. cum qui. §. ſi actori. ff. de cõſtituta pecu. l. apud Iulianũ. §. ſi contractum, verſ. ego puto. ff. ex quibus cauſis in poſſeſſionẽ eatur*, in illis *verbis: quaſi cum eo* (pupillo) *contractum ſit.*

Ad l. 2. §. vlt. C. de quadriennij præſcrip. reſpondeo, illud ibi ſpecialiter conſtitutum eſſe in Procuratore fiſci, quod proinde non eſt trahendum ad alios, *vt declarat Decius in d. l. 2. §. vlt. ff. ſi cert. peta.* & probatur ex eo quod text. dicit, eum, qui procuratoris fiſci apocham habet, pleniſſimam ſecuritatem conſequi, cum nemo regulariter ex apocha pleniſſimam habeat ſecuritatem, propterea quod exceptio non numeratæ pecuniæ obijci poteſt, *iuxta l. in contractib. C. de non num. pec.* Prætérquam, quod Procurator fiſci generale mandatum habet adminiſtrationis rerum fiſcalium, cum de tali procuratore generali noſtra non ſit diſputatio.

Argumentum à veriſimili non obſtat contra Dominum, qui mandatum dedit, ſed tantum contra procuratorem facit: nec illud argumentum in hac ſpecie magnas habet etiam vires: quia inter confeſſionem & numerationem, præclara eſt legum diſtinctio, qua ſane non indigeremus, ſi argumentum hoc efficeret, vt ex confeſſione probaretur numeratio, atque ita cogeretur debitor probare, ſe non accepiſſe, quod confeſſus eſt, contra l. aſſeueratio. C. de nõ nume. pecun. & alias concordantes: Similiter, & contra confitentem locum habet, quod de lapſu biennij poſt confeſſionem dicitur, non autem contra tertium.

Poſtremum vero argumentum de fideiuſſore facile diſſoluitur: Cur enim fideiuſſor confeſſionem habens creditoris mandati non ageret aduerſus debitorem, cum ex ea confeſſione ipſe debitor liberetur, & ſic manifeſte commodum percipiat?

Ad textum denique in l. tam mandator reſpondeo, non obſtare huic ſententiæ, nam loquitur de mandatore, qui alterius obligatione accedit, ad inſtar Fideiuſſoris. Vnde ſi principalis debitor exceptionem habeat non numeratę pecuniæ, & ipſe mandator habet, & conſequenter, confeſſio debitoris elapſo biennio mandatori præiudicat. De tali mandatore noſtra non eſt diſputatio, ſed de procuratore conſtituente, ſeu mandatum dãte ad accipiendum mutuam pecuniam. Hic mandans eſt principalis, eiuſque nomine, & mandato contractus geritur, quamobrem mandati ipſius forma ſeruanda eſt, & ita demum obligatur, ſi fuerit ſeruata. Nec ea licentia concedenda eſt exequenti mandatum, vt vel colludendo, vel decipiendo, vel doloſe agendo mandatum obligari poſſit. vide an pertineat ad hanc quæſtionem, eamque decidat text. in l. Procurator, 61. de act. & oblig.

Capvt LVII.

Explicantur tres aliæ Controuerſiæ de eadem re.

Cæterum ſunt & aliæ controuerſiæ ad eandem facti ſpeciem pertinentes. Prima. Vtrum idem ſit ſtatuendum, ſi Procuratoris confeſſio fiat præſente iudice, & autoritatem interponente.

Secunda, quid ſi Procuratorem conſtituens iuret, ſe ratum habiturum quicquid ab eo geſtum fuerit.

Tertia, quid ſi procurator conſtituatur ad accipiendum mutuo pecuniam, & confitendum ſe accepiſſe. De ſingulis ordine diſſeremus.

Quod attinet ad primam, Iaſon *in l. 2. §. vlt. ff. ſi cert. peta.* autoritate Angel. adductus *ad l. 2. C. de prædiis Curialium lib. 10.* reſpondit Procuratoris confeſſionem Domino præiudicare, quaſi ex iudicis præſentia, & autoritate numeratio facta eſſe præſumatur.

Sed contrariam ſententiam habuit Frãciſcus Maria Plotus, *in addit. ad Martin. Garat. conſil. 50. num.* 30. ea ratione inductus, quod præſumptio, quæ oritur ex Iudicis decreto, ceſſet, quoties ex inſtrumento apparet, ſolennia non interueniſſe. Quod ſane argumen-

gumentum non videtur ſatis firmum: quia in propoſita ſpecie non apparet ex inſtrumento, numerationem non interueniſſe. Nihilominus tamen ſententia Ploti contra Iaſonem videtur mihi probabilior. Nam Iudicis decretum iſtud efficere, vt præſumantur omnia ſolenniter acta, & dolus abfuiſſe, omnibus eſt in confeſſo. Sed non ita conſtat, nec vlla eſt lex tale aliquid dicens, numerationem factam præſumi ex confeſſione coram iudice facta.

Quod attinet ad ſecundam, idem Iaſon *loco ſuperius annotato* reſpōdit, dominum obligari ex confeſſione Procuratoris, autoritate Pauli Caſtrenſ. *in conſil.* 407 *lib.* 1. Eandem ſententiam ſequitur Alciatus *d. l.* 2. *§. vltim.* motus ex traditis per Anton. Butr. & Felin. *in cap. cum olim*, 1. *de officio delegati*, & ne alioqui videatur, ea clauſula eſſe ſuperuacanea.

Sed contrariam ſententiam amplexus eſt Dec. *in d. l. §. vlt. nu.* 35. & Franciſcus Maria Plotus, *loco annotato.* Quibus & ipſe adſtipulor. Nam clauſula ratihabitionis tacite ineſt mandato Procuratori dato, *vt dicebat gloſſ. in l. ſi procuratorem, in verbo, Ratum. ff. de procurator.* Iuramentum vero nihil operatur contra intentionem iurantis, *l. vlt. C. de non num. pec.* Hæc eſt autem intētio iurantis, vt non aliter obligetur, quam ſi pecunia procuratori numeretur.

Non obſtat Pauli Caſtrenſis autoritas *in d. conſil.* 407. quia loquitur in ea ſpecie, qua Procurator conſtitutus fuit in rem ſuam, ad vtilitatem, ſcilicet, ſui ipſius, non autem ad vtilitatem mandantis. Sed præſtat verba Caſtrenſis ſubijcere, quo hæc reſponſio melius intelligatur: { *Maxime autem me mouet*, inquit Caſtrenſis, *quia iſte non conſtituit Procuratorem ad vtilitatē ipſius conſtituentis, ſed procuratoris, vnde non tā reſtringitur Iuramentū, ſicut ſi ad vtilitatē ſuam conſtituiſſet, videlicet, vt pro ipſo conſtituente pecuniā reciperet. Tunc enim ne conſtituens defraudetur, &c. ſubintelligeretur conditio, ſe vere pecuniam reciperet. Sed poſtquam hoc fecit ad vtilitatē Procuratoris, licet reuera non totam pecuniam receperit, non defraudatur conſtituens, tenet enim magis locū fideiuſſoris, vel mādatoris, quam principalis, l. Quamuis. § ſi non eſſem ff. ad Velleianū. Vnde non magis pertinet ad ipſum conſtituentem, qui tunc in ſolidum pecuniam promiſit, quam ſi reuera totum recepiſſet.* } Hæc fere Caſtrenſis, cuius doctrina (vt obiter hoc dicā) confirmatur reſponſio allato in ſuperiore capite, *ad l. tam mandatori. C. de non num. pec.* Nam Caſtrenſ. ibi docet differentiam eſſe, vtrum conſtituens procuratorem locum obtineat fideiuſſoris, vel mandatoris an vero principalis, in cuius ſcilicet, vtilitatem & commodum contractus, qui geritur, cedat. Priori caſu ex confeſſione Procuratoris mandans obligatur, quia eſt veluti fideiuſſor ipſius Procuratoris, qui proculdubio ex confeſſione ſua tenetur. Poſteriore autem ſecus, quia mandans obligari non debet, niſi probetur pecunię numeratio.

Non obſtat argumentum Alciati *ex traditis per Anton. Butr. & Felin.* quia nec de ſpecie noſtra loquuntur, nec dicunt illam clauſulam ratihabitionis eum effectum producere, quem ipſe intendit.

Argumentum deniq; à ſuperfluitate nihil obſtat. Nam etſi ea Clauſula id non efficiat, vt mandans obligetur ex confeſſione procuratoris, non tamen ſuperflua iudicari debet, cum mandantis intentionem diſerte exprimat, omnemque prorſus auferat dubitationem.

Quod vero attinet ad tertiam controuerſiam, duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Prima. Dominum mandantem, etiam hoc in caſu non obligari, ſi non conſtet de vera & reali numeratione facta. *Ita Bart. Dec. & Socin. iun. in d. l.* 2. *§. vlt. ff. ſi cert. pet. Marti. Garattus, & cæteri ſubſcribētes, in d. cōſ.* 50.

Fundamentum eſt in eo, quod illa verba mandati, *& ad conſitendum ſe recepiſſe*, ex præcedentibus adiunctis declarari debeant, vt nimirum mandans teneatur, ſi probetur pecuniam fuiſſe numeratam. Solent enim verba ſubſequentia ex præcedentibus declarari, *l. vlt. §. cui dulcia. ff. de vino, tritico, & oleo legato.*

Altera eſt ſententia, mandantem hoc in caſu teneri ex confeſſione, *ita docuerunt in comment. d. § vlt. Bal. Sal. Fulgoſ. & Corn. Necnō Alex. & Iaſon: & preter hos Rom. in l. prædia. ff.*

de

*de acquir.poſſ. Ange. & Caſtr. in l.ſi debitorem.ff. de nouation. Franciſcus Maria Plotus, loco prius citato,num.*28.

Fundamentum eſt: quia niſi ita diceremus, ſuperuacanea omnino eſſe videretur illa Clauſula mandati. [*Et ad confitendum ſe recepiſſe.*]Sed valde infirmum mihi videtur, quia non ea mandantis mens eſſe intelligitur,vt procurator confiteatur ſe recepiſſe, ſi vere pecuniam non recipiat, ſed ea mens fuiſſe intelligitur, vt cum reuera pecuniam receperit,exponat etiam confeſſionem, & chirographum de recepta pecunia, pro cautione creditoris, & ideo priori ſententiæ magis accedo, cuius fundamentum videtur mihi ſolidius & firmius.

Capvt LVIII.

Mutuatus argentum non ſignatum an creditori inuito pecuniam reddere poſſit.

INter Doctores noſtros non parua eſt cõtrouerſia hac de re. Etenim eum, qui argentum non ſignatũ mutuatus eſt, reddere pecuniam inuito creditori non poſſe, cenſuerunt Gloſſator antiquus, cuius meminit Accurſius *in l.* 2. §. *mutui datio ff.ſi certum petatur. in verbo Creditum. & ibid.*Iacob.Butrig. & vterque Salicetus,*teſte Aretino,nec non Petr. & Cyn.ad l.ſi quis argentum. C.de donat.*

Fundamentum eſt, quia aliud pro alio inuito creditore ſolui non poteſt, *l.* 2.§.1. *ff.ſi cert.pet.*Et Paulus reſpondit:[*Creditorem non eſſe cogendũ in alia forma nummos accipere,ſi damnum ex eo ſit paſſurus.*]l.Paulus reſpondit creditorem.ff.de ſolution.Et damnum pati videtur, qui ſuæ non ſatisfacit voluntati, *l.vlt.ff.de vſu & habitatio.*

Cæterum contrariam ſententiam habuerunt Accurſius *in d.l.*2. §. *mutui datio,& eodem in loco* Alex.Iaſon,Decius, Alciatus,& Zaſius.

Argumenta ſunt iſta. Primum, ex l.ſi quis argentum.C.de donation. vbi probatur,donantem argentum, ſatisfacere poſſe præſtando æſtimationẽ,ibi [*Siue in ipſa æſtimatione,qua pro maſſa rudi,&c.*].

Secundum,ex l.1.§. vlt.de auro & argen. leg.& ex l.cum certum auri, & l.cum aurũ. §.proinde. ff. eo. Quibus in locis dicitur, argento legato hæredem ſoluendo æſtimationem,liberari.

Tertia eſt ſententia Bartoli, in d.§.mutui,datio,[*Si debeo tibi maſſam argenti*(inquit Bartol.) *ſoluere poſſum argentum in forma ære non contaminatum,eiuſdem liga,quod tamen verũ eſt,quando argentum tantam vtilitatem affert in forma,quantam in materia. Sed ſi propter commiſsionem alterius æris vel propter formam minus vtilitatis afferret in forma quam in materia, tunc non poſſet ſolui.*]Sic Bartolus.

Quarta opinio ex Caſtrẽſis diſtinctione colligi poteſt. [*Aut volo* (inquit Caſtrenſis) *reddere tot argenteos, quot fiunt ex vna libra argenti,* (quam ſcilicet mutuo accepi) *puta fiunt centum cum miſtura æris, & poſſum hoc facere inuito creditore,licet ſint ære cõtaminati, quia non efficitur cõditio creditoris deterior, cũ poſſit eos reducere ad maſsã, & deducto ære habebit librã argẽti puri ſicut mutuauit. Aut volo reſtituere tot argenteos, quot ponderat vna libra argenti, quã mutuaui,& tũc ſi non ſunt ære contaminati poſſum, alias ſecus, quia ponderaretur æs cũ argento, & ſic nõ haberet librã argenti puri mutuati. Aut volo reſtituere tot argenteos, quot ponderat vna libra argẽti mutuati. Puta ſexaginta argentei in forma, valent vnã libram argenti puri, licet nõ ponderent vnã libram & hoc quãdo propter expenſas formæ,* (ſcilicet cudẽdi) *datus eſt maior valor extrinſecus,quam ſit bonitas intrinſeca. Et tunc non cogetur creditor accipere pecuniam,etiamſi non ſit ære contaminata.*]Hæc fere Caſtrenſis.

Quinta opinio ſtatui poteſt eſt diſtinctione Socini ſenioris, quã ſecutus eſt nouiſſime Comes Federicus Scotus *in d.§.mutui datio,& ſequentibus concluſionibus continetur.*

Prima concluſio. Pecunia eiuſdem bonitatis reddi poteſt creditori ſi appẽdatur, non habita ratione formæ, ſed ponderis & materiæ. Ratio eſt quia tunc pecunia conſideratur tanquam argentum non ſignatũ. Conſequenter reddi poteſt pro argento non ſignato.

Secunda concluſio. Pecunia reddi non poteſt ad numerum, quanquam ſit eiuſdem ponderis cum argento mutuato.

Aliud

Aliud eſt enim eo caſu, quã argentum mutuatum. Aliud autem pro alio inuito creditore ſolui non poteſt.

Tertia concluſio. Cum pecunia non eſt eiuſdem æſtimationis, quoad materiam, ſeu bonitatem intrinſecam, licet valore extrinſecus impoſito æquiualeat æſtimationi argenti mutuati, non poteſt tamen reddi inuito creditore. Ratio eſt, quia creditoris conditio eſt deterior, non enim habet argẽtum eiuſdem bonitatis intrinſecæ. Quare ſi vellet pecuniam datam, ad argenti maſſam reducere, damnum ſentiret. Conſequenter non cogitur accipere, *l. Paulus reſpondit. ff. de ſolutio.*

Quarta concluſio. Reddi non poteſt creditori inuito pro argento melioris notæ argentea pecunia ære contaminata, vel alias deterioris notæ, licet eiuſdem æſtimationis, & reſarciri paratus ſit creditori damnum, quod ex contaminatione pati poteſt. Ratio eſt, quia in ſeparando ære ab argento, requiritur ſumptus,

Sed huic concluſioni contradicit Alciatus. Exiſtimat enim ſatis fore, ſi debitor creditorem ſeruet indemnem, & refuſionis impendia, & omne detrimentum reſarciat, ita vt eatenus liberetur, quatenus Zygoſtatæ iudicio, id eſt, examinis ponderum præfecti, deliquato ære compererit argenti creditori.

Ipſe opinor eorum ſententiam probabiliorem eſſe, qui exiſtimant, pro argento non ſignato, reddi poſſe ſignatum, ſi modo eiuſdem ſit ponderis & bonitatis, neque vlla æris admiſtio ſit, ita vt creditoris non interſit.

Moueor, quia hoc in caſu non ſoluitur aliud pro alio, ſed idem: qui aurum & argentum functionem in genere ſuo recipiunt. Et ſufficit reddere creditori tantundem æque bonum, *l. cum quid, ff. ſi certum pet.* Et cum creditoris non interſit, non refragatur, imo ſuffragatur l. Paulus reſpondit. ff. de ſolutio.

Quod vero attinet ad concluſiones Socini, ſecunda concluſio parui momenti eſt, vt ante me Viglius animaduertit *in prælect. ad d. l. 2 ff. ſi cert. peta.* ponit enim Socin. Primam concluſionem: Reddi poſſe argẽtum ſignatum pro maſſa mutuata, ſi modo pondere æquiualeat maſſæ mutuatæ. Deinde negat in ſecunda: reſtitutionem poſſe fieri, ſi debitor reddere velit pecuniam ad numerum, licet numerus ſit tantus, qui pondus argenti mutuati æquet. Eſt hæc res medici momenti, quia ſi creditor recuſet accipere ad numerum, ſtatum debitor dabit ad pondus, & ceſſabit omnis difficultas.

Denique Doctores mihi videntur in vno conuenire, & in duobus diſſentire. Cõueniunt omnes: Solui poſſe pecuniam ſignatam, ſi pondere & bonitate reſpondeat argento mutuato. Recte, quia, vt dictũ eſt, tantum accipit hoc in caſu creditor, quantum dedit effectu.

Diſſentiunt autem primum in eo, quod argentum ſignatum etiam ære contaminatum ſolui poſſe inuito creditore Caſtrenſis docet, quoniã reduci poteſt ad maſſam deducto ære. Alexander autem contradicit propter impenſam, quæ in ſeparando ære fieri debet. Recte, iudicio meo, quia tunc creditor damnum pateretur.

Secundo diſſentiunt in eo, quod Socinus negat ſolui poſſe argentum ære contaminatum, licet damnum reſarciatur creditori. Alciatus autem repugnat. Recte, quia ſatisfit creditori ex eo argento, quod iudicio præfecti, & liberatoris remanet, deliquato ære ac ſublato, ſcilicet impenſa reductionis à debitore ſuppeditata, ne quid damni prorſus creditor patiatur.

Capvt LIX.

De conciliatione l. Naturalis, §. 1. ff. de præſcript. verb. & l. vlt. ff. de condict. cauſa data.

Iuriſconſultus Paulus in l. naturalis. §. 1. ff. de præſcript. verb. pugnare videtur cum Iuriſconſulto Celſo, in l. vltim. ff. de condict. cauſa data. Ait Paulus: *Et ſi quidem pecuniam dem, vt rẽ accipiam emptio & venditio eſt.*] At Celſus: [*Dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, vtrum id contractus genus proportione emptio-*

emptionis & venditionis eſt? an & hic nulla alia obligatio eſt, quàm ob rem dari, re non ſecuta? In quo procliuior ſum.]

Antiquus interpres, cuius meminit Accurſ. ita conciliat: Vt Celſus loquatur, cum pecunia in ſpecie datur, hoc eſt, certa ſpecies pecuniæ. Paulus autem, cùm datur pecuniæ quantitas ſimpliciter. Azo autem dicebat, Celſum loqui cùm ita conuentum eſt, vt ex vna parte res detur, ex alia pecunia. Non eſt venditio, ſed contractus innominatus eo caſu, quia venditor non tenetur dare, hoc eſt, dominium transferre, ſed tradere, *l. 4. ff. de vſuris.* Paulum autem loqui, cum pecunia datur, vt res tradatur. Verbum enim (*accipere*) commune eſt, poteſtque accommodari, tam ad dationem, quam ad traditionem. *Eandem ſententiam ſecuti ſunt Bartol. Caſtrenſ. Iaſ. & cæteri Doct. in d. l. vltim. Nec non Zaſius in Antinomiarum ſolutionibus, parte 2. col. 2.*

Cæterùm, Coraſius *lib. 2. Miſcellaneor. cap. 9.* ab his diſſentit, & Pauli reſponſum accipiendum putat, cum pecunia, pretij nomine, ſiue tanquam pretium datur. Celſi autem reſponſum, cum pecunia ſimpliciter datur, non loco pretij. Sed ante Coraſium idem docuit Alciatus, *ad l. 2. numer. 24. ff. ſi cert. peta.* quem ſecutus Frederic. Scotus *ibidem num.* 130.

Sed continet meram diuinationem hæc ſolutio. Vnde magis probatur ſententia proximè relata, quæ ab impugnatione Coraſij facilè defendi poteſt.

Nam primò dicit Coraſius, ſe non putare, Iuriſconſultos tam ſuperſtitioſè inſectatos ſcrupuloſas verborum ſignificationes. Reſpondeo, differentiam inter verbum dare, & tradere, perpetuò obſeruatam à Iuriſconſultis, §. *ſic itaque, Inſt. de act. l. 4. ff. de vſur. & alibi.*

Secundò dicit Coraſius, verbum *accipere* importare dominij translationem, vt patet ex d. l. naturalis, §. 1. ibi; [*Si rem do, vt rem accipiam, permutationem eſſe.*] Verbum *accipiam,* importat translationem dominij propter illa verba: *Si rem do.*

Reſpondeo verbum (*accipere*) ſecundùm materiam ſubiectam accipiendum. Quare eo in loco denotat dominij translationem, quia id exigit materia ſubiecta. Alibi non idem importat, vt in ſequenti caſu, quia emptio & venditio nõ id neceſſariò exigit.

Tertiò, ait Coraſius, verbum (*dare*) ad venditorem relatum, non inducere dominij translationem, *l. ſi ſtipulatus. ff. de vſuris.* Reſpondeo, in ſpecie d. l. ſi ſtipulatus, contractum venditionis præceſſiſſe, ex quo venditor obligatus eſſe dicitur ad tradendum. Vnde ſi ſequatur ſtipulatio: *Rem dari,* præcedentem obligationem non nouat, quia non eſt veriſimile plus venditorem ea ſtipulatione promittere voluiſſe, quàm iudicio empti præſtare teneretur.

Capvt LX.

Vtrum mulier renunciare poßit Senatuſconſulto Velleiano.

VTrvm mulier beneficio Senatuſconſulti Velleiani renunciare poſſit, non eadem eſt omnium ſententia. Negant eam renunciare poſſe Bart. Bald. Alberic. Paulus Caſtrenſ. & Salic. *ad l. vlt. §. vlt. ff. ad Velleianum. Cyn. & Angel. ad l. vlt. C. eod. tit. Angelus Aret. in §. Item ſi quis in iudicio, numer. 20. Inſtitut. de except. Abb. & Felin. in c. ſi diligenti, de foro compet. ille, numer. 14. iſte, num. 9. Seraphin. Senenſis, de priuilegijs iuramenti, priuilegio 99.*

Fundamentum eſt, quia eadem facilitate, qua mulier inducitur ad fide iubendum, & ſe obligandum, moueri videtur etiam ad renunciandum, *argum. l. doli. §. diuerſum. ff. de nouatio. l. vltim. C. de pactis pignor. & l. mulier, 2. C. ad Velleian.* vbi dicitur, ſecundam mulieris fideiuſſionem ante lapſum biennij nihil ſibi præiudicare, quoniam adhuc eadem conſequentia ſuæ fragilitatis in ſecundam iacturam inciderit.

Cæterùm affirmant mulierem renunciare poſſe, gloſſ. Odoffred. & Fulgoſ. *in d. l. vltim. §. vlt. Azo, in ſumma, C. eod. tit. Hoſtienſ. in ſumma, de fideiuſſor. §. mulier, Zaſius ſingul. reſponſor. lib. 2. cap. 18. Iacobus Cuiacius obſeruatio. lib. 20. cap. 34.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. vltim. §. vltim. ff. ad Velleian. ibi: [*Cauere debebit exceptione,* (ſcilicet Velleiani) *ſe non vſuram.*]

Secundum eſt ex Auth. Matri, & Auiæ, quando mulier tutelæ officio fungi poſſit, ibi: [*Et renunciare Senatusconſulti Velleiani præſidio.*]

Tertium argumentum ex antiqui iuris regula. Omnes licentiam habere, his, quæ pro ſe introducta ſunt, renunciare, *l. penult. C. de pactis.*

Diſtinctione vtuntur idem Bartol. *in d. §. vlt.* Imola, *in c. Ex reſcripto, de iureiur.* Couuarr. *in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. parte, §. 3. numer. 4. & 5.* & Antonius Gomezius, *variar. reſolut. tit. de contract. c. 13. numer. 17.* Aut renunciat in iudicio, aut extra iudicium. Priore caſu valet renunciatio, poſteriori nequaquam.

Alia denique vtuntur diſtinctione Dec. & Alciatus, *ad l. penult. C. de pactis.* Aut in eodem inſtrumento, quo mulier ſe obligat pro alio, renunciat Velleiano, & non nocet renunciatio, *Aut ex interuallo temporis poſt obligationem, & valet.

Ego verò ſententiam eorum amplector, qui affirmant renunciationem valere, euincitur enim ſatis clarè legibus & argumentis ſuperius allatis.

Nec quicquam facit illa ratio, quòd mulier renunciare videatur eadem fragilitate, quia ſibi imputet. Neque enim inuito beneficium confertur.

Nec fundamentum ſolidum habet ea diſtinctio, vtrum in iudicio, vel extra iudicium mulier renunciauerit. Quia l. vltim. §. vlt. ff. ad Velleian. non loquitur de renunciatione in iudicio facta. Ita enim habet: [*Cauere debebit exceptione ſe non vſuram, & ſic ad iudicem ire.*] Nihil autem prohibet, quin ea verba accipiamus tam de cautione extra iudicium, quàm in iudicio.

Capvt LXI.

Explicantur duæ aliæ Controuerſiæ de eadem re.

SED dato, quòd in obſcuro ſit, an renunciatio valeat, de qua in præcedenti capite diſputauimus. Suboritur alia controuerſia, an valeat, ſi iuramento ſit corroborata. Et ſunt qui opinentur non valere, quia iuramentum ſequitur naturam actus, cui adijcitur, *l. vltim. C. de non numerata pec. ita gloſſ. in Authent. ſi qua mulier, in verbo, Nullatenus. C. ad Velleianum. Grammaticus deciſ. 76. num. 20. vbi alios citat, quibus ego non aſſentior, authoritate text. in c. Ex reſcripto, de iureiur.* vbi S. Pontif. de muliere quæ fideiuſſerat fide præſtita (loco iuramenti) verba faciens, ait eam eſſe cogendam, vt conuentionem adimpleat.

Atque ita docent Bauerius in tracta. de virtute iurani. in 17. effectu, Corſet. ad Rub. de Iureiurand. priuileg. 17. gloſſ. & Abb. in d. c. ex reſcripto, Tiraquell. ad l. ſi vnquam, in præfat. num. 136. C. de reuoc. donat. Couarr. ad c. quamuis, de pact. lib. 6. parte 2. §. 3. num. 5. Seraph. Senen. de priuil. iurament. priuileg. 99. Non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ, quia l. vltim. C. de non num. pecun. loquitur in ea ſpecie, in qua deficit conſenſus iurantis, quo caſu non magis obligatur, quàm ſi abſque iuramento promitteret, *ſicuti declarat Bart. in l. ſi quis pro eo. ff. de fideiuſſ. & Iaſon in l. Si conuenerit. ff. de iuriſd. omn. iud.*

Denique eſt controuerſia inter Doctores, an ſi mulier pro alio obligetur, iureiurando interpoſito, non tamen renunciando Senatusconſ. beneficio, Vtrum efficax ſit obligatio, ne ciuietur ea exceptione. Etenim exceptionem ex Senatusconſulto hoc in caſu mulieri ſe obliganti competere, Autores ſunt Ioan. Andr. *in Addition. ad Specul. titul. de renunciatio. colum. 3.* Imol. & Aret. *ad l. Sciendum. ff. de verbor. obligat. Iaſon in Authent. Sacramenta puberum, num. 56. C. ſi aduerſus venditionem, Couarr. alios citans, in d. c. quamuis, part. 2. §. 3. num. 5.*

Fundamentum autem eſt, quia iuramentum non porrigitur, ad incognita & incogitata, *cap. Veniens, cap. Quintauallis, de Iureiur.* Sed mulier præſumitur ignorare vim Senatusconſulti Velleiani, *argumento l. ſi emancipata. C. de iuris & facti ignorantia, l. in bonorum. ff. eodem tit. & eorum, quæ notantur in l. iuris ignorantia. C. qui admitti, &c.* Ergo non præſumitur mulier de eo Senatusconſulto cogitare, & conſequenter iuramentum ad illud non porrigitur.

Sed contraria ſententia mihi videtur facilè euinci, ex d. cap. ex reſcripto, de iureiurand. vbi mulier fideiubens obligatur efficaciter propter iuramentum, nec vlla fit men-

mentio renunciationis factæ Velleiano. *Facit ab hac ſententia, quod habetur in cap. quamuis, de pact. lib. 6. & in cap. cùm contingat. eodem tit. Atque ita docent Bart. in l. ſi quis pro eo, num. 11. ff. de fideiuſſ. & in Authent. ſacramenta puber. C. ſi aduerſus venditio. & ibid. Angel. & Caſtrenſ. Abb. Imol. & Feli. in d. c. ex reſcripto, idem Feli. & Ant. Butr. in c. ſi diligenti, de foro compet. Anton. Burgos in c. penult. num. 36. de empt. & vendit. Tiraquell. alios citans, ad d. l. ſi vnquam, in præfatione, num. 131. & de leg. connubial. gloſſ. 5. num. 148. Anton. Gomeſ. de Contract. cap. 13. ante num. 18.*

Non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ, quia vinculum iuramenti præualet omnibus iuris ciuilis ſanctionibus propter religionem, *vt patet ex d. c. cùm contingat, & ex d. c. quamuis, & ex alijs locis.* Verum quidem eſt iuramentum non eſſe porrigendum ad incogitata & ignorata, ſed hic mulier cogitabat ſe obligare, & ſcire debebat, iuramentum non eſſe violandum. Quòd verò ignoraret Senatuſconſulti beneficium, id ei non ſuffragatur, ſicut neque in ſpecie d. c. cùm contingat, neque in ſpecie d. c. quamuis. nec in ſimilibus caſibus, quibus iuramentum interponitur, iuris ignorantia prodeſt. Huc accedat quod dicit l. vltim. C. de iur. & facti ignor. Mulieri ius ignoranti non eſſe ſubueniendum, præterquam in caſibus expreſſis. Nullibi autem expreſſum eſt, mulieri ius ignoranti, contra præſtitum iuramentum ſubueniri oportere.

CAPVT LXII.

Vtrum Senatuſconſulto Macedoniano renunciari poſſit.

Filiumfamilias renunciare non poſſe exceptioni Senatuſconſulti Macedoniani, communis eſt Doctorum ſententia. *Ita gloſſ. & Bartol. in l. Tametſi. 13. ff. ad Macedonian. Couarr. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. parte, §. 3. numer. 4. Anton. Gomeſ. de contractib. cap. 6. num. 2. Petrus Mozzius de contractib. tit. de mutuo, num. 19.*

Fundamentum eſt ſatis firmum in d. l. Tametſi, vbi Iuriſconſultus; [*Tametſi non oppoſita exceptione condemnatus fuerit filiusfamilias, cum tamen Senatuſconſulto iuuari poſſe reſpondit.*] Ex quo ſumitur argumentum renunciationem non valere, ſi enim efficax eſſet, exceptione non oppoſita filiusfamil. non iuuaretur quaſi videretur ei beneficio renunciare.

Confirmatur hæc ſententia: quia Senatuſconſultum Macedonianum reſpicit publicam vtilitatem, ne videlicet filijfamil. corrumpantur, *vt in l. 1. ff. eodem.* Quare priuatorum pactis renunciari non poteſt, *l. ſi vnic. §. pacta, & l. Iuriſgentium. & ſi paciſcar. ff. de pact.*

Sed contrariam ſententiam defendit Zaſius *lib. 2. Singular. Reſponſorum, cap. 18.* cuius argumenta, quantum habeant momenti, diſpiciendum eſt.

Primò ſic argumentatur. Filiusfamil. ex omnibus contractibus obligatur, *l. Filiusfamil. 38. ff. de actio. & obligat.* Ergo etiam ex mutuo obligatur, ſi Macedoniano renunciauerit.

Reſpondeo, nego conſequentiam, quia iuſtas ob cauſas eo Senatuſconſulto proſpectum eſt, ne obligetur, *vt in l. 1. ff. eod.* quæ ſanè prouiſio eluſoria redderetur, ſi valeret renunciatio.

Secundum argumentum. Exceptio Macedoniani filiofamil. datur ad ſimilitudinem Velleiani, cuius exceptio competit mulieri. Ergo ſicut Velleiano mulier renunciare poteſt, ita filiusfamil. Macedoniano.

Reſpondeo; Rationem eſſe differentiæ, quia Velleiano conſulitur fragilitati mulierum. At Macedonian. bonis moribus proſpicit, ne videlicet filijfamil. corrumpantur. Quamobrem, priuato commodo mulier renunciare poteſt. Sed filiusfamil. nequaquam iuri publico derogare poteſt.

Tertium argumentum. Filiusfamil. in foro conſcientiæ, vt vocant, peccat, ſi mutuum non reſtituat. Ergo renunciare poteſt exceptioni quam habet ex Macedoniano. Reſpondeo, negando conſequentiam.

Quartum argumentum. Odioſa eſt exceptio Macedon. Ergo ei renunciari poteſt. Reſpondeo, negando conſequentiam, quia ſi renunciari poſſet, & inanis eſſet prouiſio,

uiſio, & filiorumfamil. corruptioni aditus aperiretur, & occaſio delictorum inde naſceretur, quod præcauere iu animum induxit legiſlator. Vnde, quod recta via prohibitum eſt, non debet per obliquam extorqueri, *c. cùm quid vna via, de reg. iur. lib. 6.* De Macedoniano loquens Imperator in §. Illud, in Inſtitut. quod cum eo qui in aliena poteſtate, ita dicit: [*Quæ ideo Senatus proſpexit, quia ſæpè onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant vitæ parentum inſidiabantur.*]

Sed maior controuerſia eſt, cùm filiusfamil. mutuum contrahit iuramento interpoſito, an locum habeat Senatuſconſulti exceptio. Etenim variæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ.

Prima Bartoli, *in l. ſi quis pro eo, numer. 10. ff. de fideiuſſ.* iuramentum eſſe ſeruandum, & ideo impetrandam eſſe abſolutionem à iuramento, vt non cogatur ſoluere, aut ſi ſoluerit repetat ſoluta. Bartolum ſequitur (obiter tamen) Alciatus *in c. cùm contingat, num. 126. de iureiur.*

Fundamentum autem vix intelligi poteſt aliter, quàm ex verbis eius. [*Quartò,* inquit Bartol. *prohibetur contractus in odium creditoris. Iſto caſu videtur, quod iuramentum ſit ſeruandum, vt extra de Pignoribus, c. Significante, vbi videtur, quod pactum legis commiſſoriæ in pignoribus, quod eſt reprobatum odio creditoris, ſi iuramentum ibi opponatur, eſſet ſeruandum. Et aduerte, dico iuramentum eſſe ſeruandum, non dico, quòd pactum confirmetur per iuramentum, vt videtur tenere Innocent. in d. c. Hoc eſt magni effectus propter multa: Primò, quia ſtatim cùm ego obſeruaui iuramentum meum, ego ſum abſolutus à iuramento meo, & apud creditorem remanebit res ſine cauſa. Et ideo poterat ille, qui iurauit petere, quòd liberetur vel abſoluatur à iuramento ſi remaneret obligatus, vel poterit agere contra creditorem condictione ſine cauſa. Exemplum, quando quis iurauit ſe ſoluturum vſuras, quod pactum eſt prohibitum odio creditoris. Si iſtud pactum poteſt impleri ſoluendo, etſi impleatur, poterit debitor repetere. Sed ſi non haberet implementum, vt ſi iuraſſet ſe non repetiturum, ſi non poteſt impleri totaliter, peteret debitor ſe abſolui à ſuperiore ab illo iuramento, vt in c. Debitores, de iureiur. Et ideo dico quod ſi filiusfamil. renunciet Macedoniano, ipſe poſſet ſoluere propter timorem iuramenti, & poſtea condiceret. Vel poſſet petere ſe abſolui ad cautelam.* Huc vſque Bartol.

Secunda eſt opinio Abbatis Panorm. *in c. cùm contingat, de iureiur. numer. 22.* Iuramentum hoc in caſu non obligare, & ideo abſolutione opus non eſſe. Ratio eſt: quia videtur eſſe contra bonos mores & occaſionem dare peccandi & delinquendi, *c. non eſt obligatorium, de reg. iur. lib. 6.*

Tertia eſt ſententia, filiumfamil. iuramento obligari ad ſoluendum, & ſi ſoluerit, repetere non poſſe. Abſolutionem autem petendam, ſi eo in loco, quo mutuum contractum eſt ſoleant filijfamil. eam ob cauſam facilè corrumpi, & inde aliqua mala exoriri. *Ita Anton. Butrius, & Imola in d. c. cùm contingat, numer. 67. Corneus in Authent. Sacramenta puberum, numer. 31. C. ſi aduerſ. vendit. & Couuar. ad C. Quamuis, de Pactis, lib. 6 in 2. parte, §. 3. num. 4.*

Fundamentum eſt: quia iuramentum eſt hoc in caſu interpoſitum ad confirmandum contractum, & obligationem per ſe non iniuſtam, neque in alterius animæ præiudicium vergentem: Conſequenter ſeruandum eſt, *vt in d. c. cùm contingat, de iureiur. & alibi.*

Quarta eſt opinio, viuente patre filiumfamil. iuramento non obligari, ne ſcilicet inſidietur parentum vitæ, Mortuo autem patre, quaſi ratione ceſſante, filiumfamil. obligari. *Ita Ioan. Faber in §. Quæ diximus. Inſtitut. quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, &c. ſequitur Anton. Gomeſ. de contract. cap. 6.*

Poſtrema eſt ſententia Petri Mozzij *in tract. de contract. tit. de mutuo, num. 17.* filiumfamil. non obligari iuramento, ſi de magno eius præiudicio agatur. Idque probat multis autoritatibus, quibus immodicè læſis ſuccurrendum dicitur. Quod ſanè quantum ad rem faciat, ipſe viderit.

Mihi ſanè eorum ſententia probabilior videtur, quam tertio loco retuli. Nam quod attinet ad Bartoli ſententiam, in primis memoria lapſus eſt, dum dixit repeti poſſe ſolutam pecuniam, cùm doceat contrarium, l. Sed etſi pater, §. vlt. ff. ad Macedon. Deinde negat contractum confirmari

poſſe

poſſe iureiurando, quod vix cõcedi poteſt, cum ipſe mutui contractus licitus ſit, & iuris tantum ciuilis regulis infirmetur, quo caſu iureiurando confirmari probat, cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. Nec ſane video noſtris temporibus eam occaſionem dari filijsfam. vt parentum vitæ inſidientur, ſicut olim: Quod ſi in eo loco, vbi contractus geritur, talia facinora committantur, abſolutione impetrata à iuramento, locus eſſe poterit exceptioni.

Alia deniq; eſt controuerſia, An filiusfam. in foro animæ teneatur reddere mutuo acceptã pecuniam creditori. Et ſi quidem nullum ex ijs malis ſecutum ſit, ob quę Senatuſconſultum factum eſt, filiumfam. teneri dixerunt Innocent. & Panorm. *in c. Quia plerique, n. 26. de immun. eccleſ.* Iaſon *in §. actiones, n. 26. Inſtit. de act.* Alciat. *in c. nouit, n. 16. de iudiciis.*

Fundamentum eſt reſpectu primi membri diſtinctionis, quia in foro animæ præſumptiones ceſſant, & veritas præualet. Cum vero aliquod ex dictis malis oritur, ſeruanda eſt legis conſtitutio, tanquam iuſta, etiam in animæ iudicio: *ex traditis per gl. in c. quæ in Eccleſiarum, de conſtit. & per Couar. in c. cum eſſes, de teſtam.*

Cæterum, haud quaquam teneri filiumfamil. in animæ iudicio, exiſtimarunt Bart. *in Extrauag. ad reprimendum, in verbo, Denunciationem, nu. 12.* & Ant. Gomeſ. *Var. reſol. tit. de contract. c. 6. n. 2.* Et fundamentum eſt: quia lex iuſta ſeruanda eſt etiã in foro conſcientiæ, Eſt autem ea lex iuſta, quæ filiumfam. non obligari decernit ex mutuo, ex cauſis, de quibus in l. 1. ff. ad Maced.

Tertia eſt ſententia, quæ mihi probabilior videtur ac tutior: Nempe filiumfam. teneri in animæ iudicio, atque in foro, vt vocãt, conſcientiæ, ad reſtituendam pecuniam, *ita Couar. in d. c. quamuis, de pact. lib. 2. in 2. part. §. 3. n. 4.*

Probatur hæc ſententia, quia filiusfam. naturaliter obligatur, quod patet: quia ſi ſoluat, non repetit, *l. ſed etſi pater, § vlt. ff. ad Maced.* Ergo tenetur in foro conſcientiæ, ne locupletetur cum aliena iactura, contra ius & æquum. Atque ſic exiſtimo.

CAPVT LXIII.

Prodigus an poßit aliquem contractum facere, antequam ſit ei à Magiſtratu interdicta rerum adminiſtratio.

PRodigum contrahere poſſe, antequã ei bonis interdicatur, Autores ſunt *in l. ſi cui bonis, ff. de verb. oblig.* Accurſ. Bart. Bal. Angel. Caſtr. Roma. Alexand. Aretin. Iaſon, & Zaſius, *nu. 16.* Necnon Imola, & Anchatan. *in cap. 2. de teſtamentis.* & Antonius Gomeſius *Variarum reſol. tit. de contract. c. 14. n. 31.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Iulianus, ff. de curatoribus furioſo dandis. ibi, [*Eos, quibus per Prætorem bonis interdictum eſt, nihil transferre poſſe, &c.*] His enim verbis ſignificari videtur à contrario ſenſu prodigũ poſſe aliquid transferre, antequam bonis interdicatur.

Secundum eſt ex l. patri pro filio, C. de Minoribus. ibi, [*Aut eius vita ſit iſte Adoleſcens, vt merito bonis ei interdici debeat.*] His verbis indicari videtur neceſſe eſſe, vt bonis interdicatur, alioquin contrahere poſſe prodigum.

Tertium eſt ex l. Tres tutores, §. vlt. ff. de adminiſtr. tut. vbi is qui prodigus eſt, tutor appellatur, & ſic adminiſtrationem tutelæ non amittit.

Quartum ex l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de petit. hæred. vbi dicitur, bonæ fidei poſſeſſorem non teneri pro bonis dilapidatis. Verbum, dilapidatis, ſignificat prodigalitatem: & tamen nemo negauerit alienationem factam à bonæ fidei poſſeſſore, valere. Nam ſi non valeret, obligatus eſſet hæredi cedere actiones ſibi competentes ad reuocandum male alienata, *l. Quod ſi poſſeſſor. § vlt. ff. eod. tit.*

Quintum eſt ex l. non debet, ff. de dolo, vbi patet, prodigum habere actionem in factum aduerſus hominem emendatioris vitæ. Conſequenter habet adminiſtrationem rerum ſuarum, alioqui non poſſet agere, *l. 1. C. Qui legitimam perſonam habeant ſtandi in Iudicio.*

Sextum argumentum eſt ex l. 3. §. Præ-

terea, ff. de ſuſpectis Turoribus, vbi probatur, Turorem, qui male adminiſtrat, & ideo ſuſpectus eſt, non eſſe ipſo iure adminiſtratione priuatum bonorum pupilli, Ergo multo minus priuatus erit Prodigus adminiſtratione rerum ſuarum.

Septimum argumentum eſt ex c. Veritaris, de dolo & contumacia, vbi probatur, Epiſcopum dilapidatorem, non eſſe priuatum ipſo iure adminiſtratione bonorum Eccleſiæ.

Poſtremum argumẽtum eſt ex eo, quod ſi ipſo iure priuatus eſſet, ſuperuacaneum eſſet ei bonis interdici à Prætore.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Gloſſ. *in l. is cui. ff. de Teſtamentis.* Petr. à Bellapertica, Raphael Cuman. & Imola, *in l. is cui bonis. ff. de verb. obl. Bald. in conſ. 259. & ſeq. lib. 2. & 287. lib. 5. Ioan. Faber in §. Furioſi, in Inſtitut. de curator. furioſ. Federic. Senenſ. in conſ. 31.* Alex. & Ripa, *in d. l. cui bonis, nu. 8.* licet ibi Alex. magis ſuadeat communiorem ſententiam eſſe ſequendam, & Steph. Bertrand. *in conſ. 188. lib. 3. incip. Caſus ſuper quo.*

Argumenta ſunt iſta. Vbi aliquid eſt manifeſtum, & notorium perinde ſtatuendum eſt, ac ſi de eo ſententia eſſet lata, *argumento l. emptore, ff. de act. empt.* Ergo ſi notorium & manifeſtum eſt quempiam eſſe prodigum, perinde abſtinere debet ab adminiſtratione rerum ſuarum, ac ſi ei bonis eſſet interdictum.

Secundum argumentum ſumitur ex ll. quibus dicitur, prodigo interdictam eſſe bonorum ſuorum adminiſtrationem, *l. 1. de curat. furioſ. l. is cui lege, ff. de teſtament. l. mutum, §. 1. ff. de acquir. hæred. §. furioſi, inſtit. de curat. furioſ.*

Tertium argumentum eſt: quia prodigus furioſo æquiparatur, *l. is cui bonis, ff de verb. obl. l. his qui in ea cauſa, §. Diuus. ff. de tut. & curatorib. datis ab his, & c. l. 1. ff. de curator. furioſ.* Sed furioſus ipſo iure amittit bonorum adminiſtrationem, nec vllum negotium contrahere poteſt, *l. in negotiis. ff. de reg. iuris*, Ergo ſimiliter & prodigus.

Et hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior, & ſatis euidenter probari, ex l. 1. ff. de curator. furioſ. ait rex. [*Lege 12. Tabularum prodigo interdicitur bonorum ſuorum adminiſtratio.*] Nec bona eſt expoſitio Gloſſ. lex interdicit, id eſt, declarat interdicendam per Iudicem. Etſi enim Iudex, tanquã legis adminiſter, & executor, interdicat, id facit, vt cæteris innoteſcat eum eſſe prodigum, & ſic vt de facto conſtet, non autem de iure. Iam enim iure illi interdicta eſt adminiſtratio.

Reſpondet Iaſ. textum illum retorqueri poſſe, quia dicit: Hodie Prætores, vel Præſides prodigis Curatores dare exemplo furioſi. Ergo licet olim lege 12. Tabularum interdiceretur adminiſtratio, hodie tamen alio iure vtimur, quia Magiſtratus interdicere debet.

Non rectè quia non dicit text. aliquid immutatum eſſe, ſed Magiſtratum Curatores dare ſolere prodigis ad exemplum furioſorum, & illis interdicere adminiſtrationem. Merito. Parum enim prodeſſet, lege ita conſtitutum eſſe, niſi legem executioni mandaret Magiſtratus. Itaque lex ſtatim adimit adminiſtrationem, Magiſtratus declarat ademptam, legemque exequitur, vt de facto conſtet, & ne prodigus de facto pergat res ſuas prodigere, & male adminiſtrare.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, l. Iulian. non probare, quia non poteſt ea ſumi argumentum à contrario ſenſu: Poſt interdictam adminiſtrationem à Prætore, prodigus contrahere non poteſt, ergo ante poterit, quia lege 12. Tabularum iam interdicta eſt ei adminiſtratio.

Quæ reſpõſio valet ad ſecundum argumentum in d. l. Patri pro filio, quia interdicitur adminiſtratio à Prætore, ne prodigus de facto contrahat, & male res ſuas adminiſtret.

Ad tertium reſpondeo. Textum in d. l. tres tutores. §. vltim. nil obſtare, qui dicit, Tutori manifeſte prodigo permittendum non eſſe rerum adminiſtrationem ab alio contutore.

Ad quartum reſpondeo. In d. §. conſuluit, non conſtare, an bonæ fidei poſſeſſor prodigus eſſet, licet textus vtatur verbo dilapi-

dilapidationis, præterea nihil aliud decidit ibi Iuriſconſultus, niſi bonæ fidei poſſeſſorem non teneri hæredi pro bonis dilapidatis, quia non eſt factus locupletior ex eis, & in malos vſus fortaſſe conſumere potuit bona, vt nullus eſſet recuperationi amplius locus.

Ad quintum reſpondeo, nō eſſe bonam conſequentiam. Prodigo datur actio in factum. Ergo poteſt eam ipſe exercere. Nam exercebitur per curatorem datum, vel dandum à Prætore, *vt in l. 1. ff. de curat. furioſ.*

Ad ſextum reſpondeo, textum loqui de tutore ſuſpecto, qui male adminiſtrat, non autem de tutore prodigo, poteſt enim tutor male adminiſtrare, licet non ſit prodigus, ſi alijs vitijs laboret.

Ad ſeptimum reſpondeo, textum non loqui de Epiſcopo manifeſte prodigo, poteſt enim aliquis Epiſcopus dilapidare bona Eccleſiæ aliter, quam ex cauſa prodigalitatis.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, non fruſtra interdici à Magiſtratu ſolere, quia multos operatur effectus ea interdictio: Primum, vt de facto conſtet; Item, vt alijs innoteſcat. Et denique, ne ipſe prodigus de facto pergat in adminiſtratione mala. Vide etiam hac de re Vaſquium *Controu. Illuſtr. lib. 1. c. 17. nu. 2.*

Capvt LXIV.

Tractantur aliæ duæ Controuerſiæ in materia prodigi.

Secunda eſt controuerſia, An obligetur prodigus ex contractu iureiurando cōfirmato, poſtquam à Prætore ei bonis interdictum eſt. Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Prima negat prodigum obligari. *Huius autores ſunt in d. l. ſi cui bonis, ff. de verb. obl. Bar. Bal. Angel. Caſtr. Alexan. Iaſon, Zaſius, n. 14 Ripa, n. 57. Alciat. in c. cum contingat, nu. 226. de iureiur. Federicus Senenſis in conſ. 31. Bertrand. in conſ. 47. lib. 2. Couar. ad c. Quamuis, de pactis, li. 6. part. 2. §. 3. n. 8. Antonius Gomeſius de contract. cap. 14. nu. 22.*

Argumenta ſunt iſta. Primum: Iuramentum debet habere tres Comites, Iuſtitiam, Veritatem, & Iudicium, *c. etſi Chriſtus, de iureiur.* Sed prodigus nō habet iudicium, immo comparatur furioſo, cum nec modum, nec finem expenſarum habeat, *l. 1. ff. de curator. furioſ.* Ergo iuramento non obligatur.

Secundum argumentum. Is, qui non paret ſuperiori, peccat, *cap. de maior. & obed.* Sed prodigus ita contrahendo non paret Magiſtratui, ergo peccat, & conſequenter iuramentum videtur illicitum, ac proinde non obligatorium, *c. non eſt obligatorium, de reg. iur. lib. 6.*

Tertium argumentū eſt, quia iuramentum videtur dolo extortum, quo caſu non obligat, c. cum contingat, de iureiur. Nam qui contra iura ſic contrahit, dicitur eſſe in mala fide, *c. qui contra iura, de reg. iur. lib. 6. l. ſi quis cum ſciret. ff. pro emptore.*

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Antonius Butr. & Imola *in dicto c. cum contingat, de iureiurand.* Aretinus *in dicta l. ſi, cui bonis. ff. de verborum obligat.* Capella Tholoſana, *deciſ.* 498. Bertrandus ſibi contrarius *in conſ. 172. lib. 1.*

Argumenta ſunt iſta. Omne iuramentum eſt ſeruandum, quod non vergit in diſpendium ſalutis æternæ, aut in alterius detrimentum, *d. cap. cum contingat.* Sed iuramentum prodigi non eſt tale. Ergo eo videtur obligari.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod licet lex prohibeat alienationem, valet tamen accedente iuramento. *Id patet in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. ex dicto c. cum contingat, & ex alijs locis.* Ergo valere debet contractus prodigi propter iuramētum, licet à Magiſtratu fuerit ei adminiſtratio bonorum interdicta, *arg. l. vlt. C. de reb. alienis non alienan.*

Tertium argumentum. Prodigus æquiparatur adulto curatorem habenti, *l. ſi curatorem habens. C. de in integr. reſtit.* Sed iuramētum obligat adultum, *Auth. Sacramenta puberum.* Igitur & prodigum.

Tertia eſt opinio Baldi *in l. pactum, C. de collat. in 5. quæſt.* Aut prodigus habet curatorem: & non obligatur etiam iuramento:

Aut non habet, & obligatur. Alibi aliter idem Bald. diſtinguit, cuius diſtinctionem refert & refellit Alex. *ad d. l. ſi cui bonu, ff. de verb. oblig. ſub num. 26.*

Mihi prior ſententia, quæ & communior eſt, magis probatur, quia licet iuramentum obliget, & ſeruandum ſit, non tamen obligat vbi deficit iudicium. Aut certe eo caſu facile relaxandum eſt à Magiſtratu eccleſiaſtico.

Negant contrariæ ſententiæ authores, prodigum iudicio carere, quia tenetur ex delicto. Item ſibi acquirere poteſt. Non recte: quia iudicio caret in his, quæ pertinent ad rerum ſuarum adminiſtrationem, non autem in alijs.

Ad argumenta patet reſponſio, quia iuramentum eſt ſeruandum & obligat, ſi modo comites tres habeat, inter quos eſt iudicium, vt dictum eſt. Quod vero dicitur prodigum adulto curatorem habẽti comparandum, iure non probatur, quia l. ſi curatorem habens, hoc non dicit. Sed adultum curatorem habentem non abſimilem eſſe prodigo, cui curatore dato bonis interdictum eſt. Non eſt abſimilis, quantum ad hoc, vt contrahere non poſſit, ſicut neque prodigus. Quantum ad iudicium animi, furioſo prodigus comparatur, *vt in l. 1. ff. de curat. furioſ.*

Tertia eſt controuerſia in eadem materia prodigi, An ipſo iure amittat etiã bonorum alterius adminiſtrationem? Duplex eſt Doctorum ſententia, Altera Baldi *in l. 1. ff. de curat. furioſ.* & Ripæ, *in l. ſi cui bonis, nu. 15. ff. de verb. oblig.* quibus & ego aſſentior, prodigum videlicet amittere bonorum adminiſtrationem alterius.

Probatur hæc ſententia ex l. vlt. §. 1. C. de ſent. paſſ. vbi dicitur, patrem amittere adminiſtrationem bonorum filij, ſi prodigus ſit. Ratione etiam probatur: quia prodigus priuatur adminiſtratione bonorum ſuorum, ergo multo magis priuabitur alienorum, in quibus longe minus iuris habet.

Altera ſententia eſt Alexand. & Aretini, *in d. l. ſi cui bonu.* non amittere: ſicut nec tutores ipſo iure adminiſtrationem amittunt, licet ſint ſuſpecti, ſed remoueri debẽt à Magiſtratu, *vt in l. tres tutores. §. vlt. ff. de adminiſt. tutor. & in l. 3. § præterea, ff. de ſuſpect. tut.*

Ad l. vltim. §. 1. C de ſent. paſſ. reſpondent eam legem loqui de patre, qui ob delictum iam excluſus eſt ab adminiſtratione. Et quod dicitur prodigum amittere bonorum ſuorum adminiſtrationem, id negant verum eſſe, antequam ei bonis interdicatur.

Reſpondeo, tutorem quidem ſuſpectũ non ſtatim adminiſtratione priuari, vt in legibus allegatis, ſed de tutore prodigo non loquuntur dictæ leges. Non recte autem negari poſſe, quin prodigus ipſo iure amittat bonorum ſuorum adminiſtrationem, patet ex capite præcedenti. Reſponſionem autem allatam ad l. vltim. §. 1. C. de ſent. paſſ. confutant verba ipſius textus: Sic enim ait: [*Nam ſi patria poteſtate ad corrumpẽdi, atq; profundendi patrimony licentiam abutetur, & furioſo, ac dementi, item prodigo, omnium vitiorum ſeruo, non eſt eorum pecunia committenda: quin ab adminiſtratione fugiat, &c.*] His ſane verbis patet, patrem ab adminiſtratione remouendum, & ad eam non admittendum, ſi ſit prodigus.

CAPVT LXV.

Tractantur aliæ duæ Controuerſiæ de eadem materia prodigi.

QVarta eſt controuerſia in eadem materia prodigi: nunquid ſi curator datus fuerit ei, qui re vera non ſit prodigus, geſta à tali curatore valeant: Et valere reſponderunt Gloſſ. *in l. ſi ab eo, ff. de vſucap. in §. item prodigus, in verſ. tatum. in Inſt. quib. non eſt permiſſum fac. teſtam* Batt. & Caſtr. *in d. l. ſi cui bonis. ff. de verb. oblig. & ibid. Ripa, n. 39. Bald. & Salic. in l. ſi putas, C. de pet. hered. Abbas Panor. in c. 1. ad fin. de ſent. & re iud. Ioan. Andr. & Spec. tit. de inſtrum. edit. § compendioſe, verſ. Tertio. Alexand. in conſ. 182. lib. 5.*

Fundamentum eſt in au[illegible]ritate rei iudicatæ, l. res iudicata, de re[illegible]iur. Præſertim, quia minime conue[illegible]t quempiam ea decipi, *l. 1. C. de precibus Imperatori offerendis.* Huc

Huc accedat text. *in l. 1. §. idem Pomponius. ff. quod falſo tutore autore geſtum, &c.* vbi propter Prætoris autoritatem valent geſta à tutore minus legitimo.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Odoffred. Cynus, & Albericus, *in l. ſi putas, C. de petit. hæred. Angel. Alex. Iaſ. Imol. Aret. & Zaſius, num. 17. ad l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Io. Faber, in §. furioſi, Inſtit. de curat. Guido Papæ, in conſil. 169.*

Fundamentum eſt in l. tutor ſi petitus, & in l. Seiæ egreſſæ; ff. de tutor. & curator. datis ab his, & cæt. Quibus in locis dicitur; Si tutor alicui tanquam pupillo detur qui non ſit, eam dationem non valere. Et idem eſſe, ſi aliter erratum ſit, in cauſa. Idem probat l. ſi putas, C. de petit. hæred. ibi, *Iudice ſtatuto, &c.* Huc accedat ratio: Nam ſi prodigus ad ſanos mores reuertatur, deſinit ipſo iure eſſe in poteſtate curatoris, *l. 1. ff. de curat. furioſ.* Ergo multò magis eſt dicendum, tutoris dationem non valere, cùm quis reuera non eſt prodigus.

Tertia eſt ſententia ſic diſtinguens. Aut is, cui tanquam prodigo curator datus eſt, inuito & contradicenti, & in iudicio contendenti, ſe non eſſe talem, datus eſt. Et tunc propter autoritatem rei iudicatæ, à qua non eſt appellatum, valet curatoris datio; Aut verò non contraxit, ſed ſimpliciter conſenſit in curatorem, & tunc ſecus. *Ita diſtinguit Ripa, poſt Imol. in d. l. is cui bonis, num. 40.*

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior, quia, vbi ſententia non eſt lata contra ius conſtitutionis, ſed contra ius litigatoris, valet, & ab ea eſt appellandum, aut ſi non appelletur, ei parendum, *l. 1. ff. quæ ſententia ſine appell. reſcind. l. 2. C. quando prouoc. non eſt neceſſe.* Et hoc in caſu locum habent argumenta prioris ſententiæ. Si verò res in contradictorio iudicio non agatur, ſed Prætor ex officio, vel ita inſtantibus cognatis eius, qui prodigus eſſe dicitur, curatorem decreuerit, tanquam prodigo, cùm non eſſet, poteſt dici obreptum eſſe Prætori, & conſequenter dationem non valere, *l. cùm verò. §. ſubuentum. ff. de fideicommiſſ. libert. l. 1. §. hæc verba. ff. ne vis fiat ei. Bartol. in conſil. 91. num. 2. lib. 1. Caſtrenſ. in d. l. is cui bonis, ante num. 4. Menoch. de retinend. poſſeſſ. remed. 1. num. 15. cum ſequentibus.* Et hoc in caſu locum habent argumenta poſterioris ſententiæ.

Quinta controuerſia. An & ei, qui moribus malis præditus eſt, vtpotè luſor, libidinoſus, & alijs malis artibus addictus, bonis interdici queat? Et ſunt qui exiſtimant poſſe, authoritate l. & mulieri, ff. de curatore furioſ. ibi, [*Et mulieri, quæ luxurioſè viuit, bonis interdici poteſt.*] Ita Ripa *ad d. is cui bonis: numer. 16. ff. de verb. obl.* Ant. Gomeſ. *de contractib. c. 14. num. 33.*

Sed hanc ſententiam rectè refellit Pinel. *ad l. 4. C. de bonis mater. num. 20.* Quia verbum luxurioſè, *in d. l. & mulieri*, idem ſignificat, quod prodigè, vt ibi præclarè oſtendit ex Latinis autorib. ex Antonio Auguſtino, & alijs. Quo fundamento ſublato, nullum eſt aliud, quo dicta ſententia nitatur. Vnde, vt corruat, neceſſe eſt.

Capvt LXVI.

Aliæ duæ controuerſiæ de eadem re.

Sexta controuerſia, An ex eo, quòd quis per ſententiam iudicis declaratus eſt prodigus, cenſeatur ei bonis interdictum. Et non cenſeri exiſtimarunt Bartol. *in d. l. is cui bonis, numer. 2. ff. de verb. oblig.* & alij, *quos refert ibidem Ripa, numer. 30.* Fundamentum eſt, quia declaratio, & interdictio ſunt diuerſa. Vnde de vna non infertur ad aliam.

Sed contrariam ſententiam ſequuti ſunt Bald. *ad l. 1. ff. de curat. furioſ. & in l. vnica, C. de confeſſis*, Imola, Cumanus, Alex. Aret. Roma. & Ripa *in d. l. is cui bonis.* Fundamentum eſt, quia interdictio bonorum videtur tacitè ſequi ex declaratione: Vnde pro expreſſa haberi debet, *argum. l. qui tamen. §. ſi arbiter, ff. de recept. arbitr.* Sicuti cùm quis deliquiſſe declaratur, videtur in conſequentiam condemnatus ad pœnam, *l. 1. §. calumniatorib. ff. de Turpil.*

Et hæc ſententia mihi magis probatur, quia ipſo iure prodigus amittit bonorum ſuorum adminiſtrationem, *vt dictum eſt ſu-*

Ff *prà,*

prà, ex l. 1. ff. de curator. furioſ. & ex alijs legib. Quare cùm à Iudice declaratus eſt prodigus, nihil propòni video, cur ei bonorum adminiſtratio non cenſeatur interdicta. Licèt enim aliud ſit ſententia declarans; quàm bonorum interdictio, vt in argumento contrariæ opinionis, hæc tamen ex illa ſequitur.

Septima controuerſia. Si Iudex edicto ſuo prohibuerit, nequis contrahat cum aliquo, quia eſt prodigus: an videatur interdictum bonis ipſi prodigo? Et non videri reſpondit Bart. *in d. l. is, cui bonis, num. 3.* Quia interdictio fieri debet ipſi prodigo, *l. Iulia. ff. de curat. furioſ.*

Sed in contrarium eſt communis opinio, cui & ipſe accedo, ſi modò edictum emanauerit adhibita cauſæ cognitione, & in eo contineatur id, quod dictum eſt ſupr. nempè, omnes prohiberi contractus facere cum Titio, quia prodigus eſt. Neque enim inſpici debet verborum cortex, ſed vis ipſorum, & loquentis intentio, *c. intelligentia, de verb. ſign.* Nemini autem dubium eſſe poteſt, quin ea fuerit edictum proponentis intentio, vt prodigus à rerum ſuarum adminiſtratione abſtineat. Iuuatur hæc ſententia ex notatis in l. 1. C. de Cupreſſis, lib. 11. & in l. vlt. C. de indict. viduit. tollen. Quare ergo arbitror perinde eſſe, ac ſi ipſi prodigo interdictum eſſet. Atque ita docent Paulus Caſtr. Alexand. Aret. & Ripa, *in d. l. is cui bonis.* Quibus & ipſe aſſentior.

Capvt LXVII.

Alia duæ controuerſiæ de eadem materia.

Octaua Controuerſia. Vtrùm per dationem curatoris alicui, tanquam prodigo factam, videatur interdicta bonorum adminiſtratio. Et videri exiſtimant Bart. *in d. l. is cui bonis, num. 4.* Caſtrenſ. *num. 8.* Alex. *num. 18.* Iaſ. *num. 13.* Ripa *num. 34.* Quorum potiſſimum eſt fundamentum: (Nam leges, quas Bartolus pro hac ſententia allegat, nihil probant) quia ex curatoris datione neceſſariò intelligitur, eam eſſe prætoris intentionem, vt non ipſe prodigus adminiſtret, ſed curator. *Facit regula l. illud, ff. de acquir. hæred.*

Contrarium reſponderunt Bald. & Angel. *in d. l. is cui bonis.* qui mouentur autoritate Innocentij *in c. grandi, de ſupplenda neglig. prælat. lib. 6.* Sed nihil dicit Innocent. eo in loco, quo iſtorum ſent. iuuetur, *vt animaduertit. Alex. loco annotato.* Quare priori ſententiæ, quæ & communior eſt, magis adhæreo.

Nona Controuerſia. Vtrùm prodigus in integrum reſtitutionem petere poſſit aduerſus ea, quæ geſſit, antequam ei bonis interdiceretur. Affirmant Gloſſ. *in l. patri pro filio, in verbo, Interdici, ff. de Minorib. Bartol. ad l. Mar. colum. 1. verſ. Aliud nota, & ibi Caſtr. colum. vltim. de fideiuſſ. Io. And ad Spec. in Rubr. de præſc. Alex. in l. ſi curatorem habens, C. de in integ. reſt. Bald. in conſil. 287. Proponitur quod adul. lib. 5.* Rom. *Sing. 226. Fui interrogatus.* vbi declarat verum eſſe ſi iuſta cauſa ſubſit.

Fundamentum eſt, quia prodigus, & minor æquiparantur, eiuſdemque priuilegijs ac beneficijs perfruuntur, *l. 4. ff. de priuileg. cred.* Ergo ſicut minori læſo conceditur in integrum reſtitutio. Ita & prodigo videtur concedenda.

Cōtrariam ſententiam habuêre Odoffr. & Alberic. *in d. l. ſi curatorem habens,* Iaſ. *in d. l. is, cui bonis, num. 12.* Fundamentum eſt, quia nulla lege id eſt cautum in prodigo. Imò contractus ab eo facti, antequam interdicatur adminiſtratio, legitimi reputantur, *l. Iulian. ff. de curat. furioſ.* Quare contrahentes decipi non debent legis autoritate, *l. 1. C. de his qui veniam ætatis impetr.*

Sed prior ſententia, quæ & communior eſt, mihi probabilior videtur. Nam cum lex & minori, & pupillo, & furioſo, & inſano, prodigum comparauerit, ſatis clarè voluiſſe videtur, etiam iſti ad ſupradictorum exemplum eſſe ſuccurrendum. Et hæc ratio communi Doctorum ſententia roborata; ſufficere debet pro lege. Nec verum eſt, quod aſſeueratur in argumento contrariæ opinionis, contractus prodigi, ante interdictionem bonorum factam, à lege approbari. Hoc non dicit lex allegata, & contrarium innuit l. 1. ff. de curat. furioſ. dum prodigo

digo bonorum ſuorum adminiſtrationem prohibet.

Capvt LXVIII.

Duæ aliæ Controuerſiæ de eadem materia.

Decima Controuerſia. Vtrùm valeant contractus à prodigo geſti poſt interdictam bonorum adminiſtrationem, quæ tamen publicata non eſt, & ignorabatur ab eo qui contraxit. Et valere dixit Caſtr. *in d. l. is, cui bonis, num.* 11. Aret. *ibid. num.* 2. *verſ. Aduerte tamen*, Ripa, *num.* 37.

Fundamentum eſt in l. *ſed ſi pupillus*, §. *de quo*, & §. *proſcribere*, *ff. de inſtit.* vbi dicitur, publicari debere prohibitionem factam, ne quis cum inſtitore contrahat, alioqui contractus valeat.

Huc accedat text. *in l. ſi ſciens. ff. de contrab. empt. & in l. ſi ab eo, ff. de vſucap.* Quibus in locis probatur, contractum factum cum prodigo non valere, ſi contrahens ſciebat eſſe prodigum. Ergo ſecus, ſi ignorabat, à contrario ſenſu.

Sed contrariam ſententiam ſecutus eſt Alex. *ad d. l. is, cui bonis, num.* 12. eo argumento, quòd iure non probetur hoc in caſu valere contractus. Sed cùm non reſpondeat ad l. ſi ſciens, ff. de contrah. empt. cuius autoritate valdè probabilis prior eſt ſententia, eam tanquam communiorem, & æquiorem magis probo.

Poſtrema controuerſia. Vtrùm prodigus ex delicto obligetur, ad pœnam, ſcilicet, delicti. Et non obligari reſpondit Gloſſ. *in l. ſi quis in tantam, in verſ. Earundem rer. C. vnde vi.* Nam res ſuas alienare non poteſt, *d. l. is, cui bonis, ff. de verb. obl.* Poterat & illud adferre, quod ait Iuriſconſ. [*Furioſi & eius cui bonis interdictum eſt, nullam eſſe voluntatem.*] *l. ſi furioſi, ff. de reg. iur.*

Secunda eſt ſent. Bartol. *ad d. l. is, cui bonis*, prodigum ex delicto obligari, vbi non agitur de bonorum alienatione. Sequitur Zaſius, *ibi, num.* 19. eius ſenſum declarans hunc eſſe, vt prodigus corporali pœna ob delictum affici poſſit, non autem pecuniaria, quia ſicut contrahendo res ſuas alienare non poteſt, ita nec delinquendo.

Tertia eſt ſententia prodigum ex delicto obligari, ſi delictum conſiſtat in faciendo, ſecùs ſi in omittendo. *Autores ſunt Caſtr. in d. l. is, cui bonis, & Alex. num.* 20. *&* 21. *Iaſ. num.* 17. *Aret. num.* 8. *Ripa, num.* 54. *Dec. in d. l. furioſi, num.* 6.

Fundamentum eſt in eo, quòd cùm prodigus deliquit, non videtur eſſe dignus auxilio, & fauore legis, *argumento l. auxilium, ff. de Minoribus.* Et quoniam prodigus minori comparatur, *l. ſi curatorem habens, C. de in integrum reſtit.* Sicut minor excuſatur, ſi omittat id quod facere debet, *l.* 2. *C. ſi aduerſus delictum.* ita & prodigus, *leg. Fulcinius. §. Adeò. §. Idemque in prodigo. ff. ex quibus cauſis in poſſeſſ. eatur.*

Poſtrema eſt ſententia, prodigum obligari ex delicto in faciendo, tam ad pœnam corporalem, quàm ad pecuniariam, reprobata diſtinctione Bartoli. *Ita Menochius poſt alios quos commemorat de Recup. poſſeſſ. Remed.* 9. *num.* 96.

At hæ duæ poſteriores ſententiæ videntur mihi probabiliores; Etſi enim interdicta ſit prodigo bonorum ſuorum adminiſtratio, non tamen ei conceſſum videtur impunè delinquere. Et cùm in rebus ſuis adminiſtrandi iudicio careat, iccircò ei tanquam furioſo, à lege ſuccurritur. At ſi delictum committat, legis auxilium non meretur, quam ipſe contemnit. Quare quod dicitur prodigi nullam eſſe voluntatem, hunc ſenſum habet, nempè, non obligari ex contractu, quia conſenſus requiritur, & voluntas, & ipſe non habet conſenſum & voluntatem, quoniam prohibetur contrahere. Nec inde ſequitur, eum per omnia furioſum imitari, quia excepta cauſa prodigalitatis, nihil prohibet, quin in reliquis rebus intelligat, quid rectum ſit, & quanta ſit delicti grauitas, licèt fortaſsè mitius puniri debeat, cum plenum non habeat iudicium. Et ita puto iuri conſonum.

Capvt LXIX.

Expenduntur duæ Controuerſiæ circa contractum Mutui.

Mvtuatus frumentum, reddere poſſe inuito creditori æſtimationem eius in pecunia, exiſtimauit olim Iacobus de

Arena, *autoritate l. vinum. ff. ſi cert. pet. Et l. ratio. §. ſi per venditorem. ff. de actio. empt. & l. quoties in diem, ff. de verbor. oblig.* Pecunia enim omnia æſtimantur, *l. ſi ita fideiuſſorem, ff. de fideiuſſor.* Sed quanquam Iaſon & Curtius adſtipulari videantur, hæc tamen Arenei ſententia nigros tulit ab omnibus calculos, vt dicebat Comes Federicus Scotus, *ad l. 2. §. 1. num. 172. ff. ſi certum petatur.* & meritò. Mutuum enim damus recepturi idem genus, *vt in d. l. 2.* alia eſt ratio debitoris, qui eſt in mora, & ideò tenetur ad æſtimationem quanti plurimi, *vt in d. l. vinum, & in d. §. ſi per venditorem.*

Sed alia eſt controuerſia. Sitne mutuum, cùm ita eſt conuentum, vt debitor non eiuſdem bonitatis rem reſtituere poſſit, vt pro vino, muſtum; pro vetere, nouum, pro conſiſtente, fugiens. Et in hac ſpecie mutuum non contrahi, ſed alium contractum innominatum exiſtimarunt Fulgoſ. & Roman. *in d. l. 2. ff. ſi cert. pet.* Quia ad ſubſtantiam mutui pertinere videtur, vt æquè bonum reddatur, *l. cùm quid, ff. eodem.* Et Imperator in §. 1. in Inſtit. quibus mod. re contrah. oblig. [*Mutui datio*, inquit, *in ijs rebus conſiſtit, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, & cæt.*] Item paulò poſt: [*Et quandoque nobis non eadem res, ſed aliæ eiuſdem naturæ, & qualitatis reddantur.*] Quòd verò pertinet ad contractus ſubſtantiam, illa partium conuentionibus immutari non poteſt, *l. 2. ſi cert. pet. l. 2. ff. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.*

Alij docuerunt, id genus contractus mutuum eſſe, ſi id contrahentes expreſſerunt, ſe velle mutuum contrahere, alioqui contractum eſſe innominatum. *Ita olim Chriſtophorus Caſtilioneus, teſte Iaſone in repet. l. cùm quid, num. 21. & Dec. ibid. num. 5.*

Fundamentum eſt, quoniam non pertinet ad ſubſtantiam mutui, ſed potiùs ad naturam, vt æquè bonum reddatur. Ideò pactum contra naturalia contractus valet, *l. pacta conuenta, ff. de contrahen. empt. & ibi. Gloſſ. notat*, cùm verò id non exprimitur à contrahentibus, meritò non eſt mutuum, quia talis conuentio naturam creditæ pecuniæ excedit, *l. Titius, ff. de præſcript. verb. & ibi gloſſ. in verſ. Excedat.*

Tertia eſt ſententia vera & communis, eam conuentionem non impedire, quò minus ſit mutuum; Quia mutui ſubſtantia in eo conſiſtit, vt idem genus reddatur, *l. 2. ff. ſi certum pet.* Vt verò æquè bonum reddatur, id reſpicit accidentalia ipſius contractus. *Ita docuerunt Bart. in d. l. cùm quid, in 3. notab. ff. ſi certum pet. Caſtrenſ. ibid. Decius numer. 5. Alciat. num. 4. Federicus Scotus Comes in d. l. 2. §. 1. num. 198. eodem tit.*

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. Nam quod attinet ad dictam l. cùm quid, non ibi dicit Iuriſconſultus ad ſubſtantiam mutui pertinere, vt æquè bonum reddatur, ſed tacitè id cautum videri. Quo modo etiam eſt accipiendus Imperator *in dicto §. primo, in Inſtitut. quibus modis re contrah. oblig.*

Ad text. in l. Titius. ff. de præſcript. verbis. reſpondeo, Iuriſconſultum ibi locutum de alia conuentione, nempè, vt explicat Accurſius, cùm vt minus reddatur, actum eſt. Ea conuentio naturam excedit creditæ pecuniæ. Quia non idem redditur in genere ſuo, ſecundùm mutui naturam; ſed minus. At in quæſtione noſtra idem redditur, ſed non eiuſdem bonitatis.

CAPVT LXX.

Alia de mutuo controuerſia ad interpretationem l. ſi quis nec cauſam, ff. ſi cert. petatur.

SI *quis nec cauſſam, nec propoſitum fænerandi habuerit, & tu empturus prædia, deſideraueris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine, antequam emiſſes, ſuſcipere, atque ita creditor, qui neceſſitatem fortè proficiſcendi habebat, depoſuerit apud te hanc eandem pecuniam, vt ſi emiſſes, crediti nomine obligatus eſſes. Hoc depoſitum periculo eius eſt qui ſuſcepit. Nam & qui rem vendendam acceperit, vt pretio vteretur, periculo ſuo rem habebit.*] Verba ſunt I. C. *in l. 4. ff. ſi cert. pet.*

Ad eius autem interpretationem neceſſe eſt intelligere, de quo periculo ſit text. accipiendus; nempè, an etiam de periculo caſus fortuiti. Et quidem etiam de periculo caſus fortuiti textum accipiendum exiſti-

exiſtimauit, Ioannes antiquus Doctor, quem ſecuti ſunt Decius, Curtius, Corneus, Aretinus, & Alciatus *in Commentariis eiuſdem legis.* Quorum illud eſt fundamentum: quod textus ſimpliciter & abſolutè dicit, periculum ad depoſitarium pertinere. Conſtat autem periculi nomine etiam caſum fortuitum venire, *l. ſi tibi rem inſpiciendam. ff. de praeſcript. verb.*

Huc accedat text. *in l. rogaſti. ff. eod. tit.* ex quo patet depoſitarij periculũ eſſe etiamſi nulla ſit eius culpa, conſequenter etiam ſi periculum ex fortuito caſu veniat, [*Quod ſi lancem vel maſſam*, inquit, *ſine tua culpa perdideris, antequam venderes, vtrum mihi, an tibi perierit, quaeſtionis eſt. Mihi videtur Nerua diſtinctio veriſſima, exiſtimantis, multum intereſſe, venalem habui hanc lanceam, vel maſſam, necne. Si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum ſi alij dediſſem vendendam, quod ſi non fuit hoc propoſitum, vt venderem, ſed haec cauſſa fuit vendendi, vt tu vtereris, tibi eam periſſe, &c.*]

Contrariam ſententiam, nempè, non de periculo caſus fortuiti, ſed de eo periculo, quod ex culpa aliqua depoſitarij euenit. Nam etſi de dolo tantùm depoſitarius teneatur: hoc tamen caſu de culpa, & negligentia tenebitur, amplexi fuere Azo, Bart. Caſtrenſ. Alexand. *num.* 3. Iaſon. *nu.* 25. Zaſius, Socin. ſen. nouiſſimè Vigilius, *num.* 12. *in Commentariis d. l. ſi quis nec cauſam.* Quibus ſane adſtipulor.

Probatur vero haec ſententia. Primò, quia dominium pecuniae eſt penes deponentem, antequam depoſitarius ea vtatur. Periculum autem caſus fortuiti ad dominum rei ſpectare ſolet, *l. pignus, l. quae fortuitis, C. de pignor. actio.*

Secundò. In commodato ita conſtitutum eſt, vt licet gratia commodatarij fiat, periculũ tamen caſus fortuiti ad commodantem ſpectet, *vt in Inſtit. Quibus modis re contrah. oblig. §. item is cui.*

Tertiò probatur: quia caſus fortuiti in nullo bonae fidei iudicio praeſtantur, *d. l. quae fortuitis. C. de pign. act. l. contractus, de reg. iur.*

Quartò, ex l. 1. §. ſaepe ff. depoſiti, vbi dicitur eum, qui ſe depoſito obtulit, periculo ſe obligaſſe, & non ſolum dolum, verum etiam culpam & cuſtodiam pręſtare debere, non tamen caſus fortuitos. [*Saepè euenit*, inquit, *vt res depoſita, vel nummi periculo ſint eius apud quẽ deponuntur, vtputà ſi hoc nominatim cõuenit. Sed & ſi quis ſe depoſito obtulit, idem Iulianus ſcribit periculo ſe depoſiti illigaſſe, ita tamen vt non ſolum dolum, ſed etiam culpam & cuſtodiam praeſtet. Non tamen fortuitos caſus.*]

Ex quo textu colligitur reſponſio ad primum argumentum contrariae ſententiae. Nam etſi periculi appellatione venire poſſit etiam caſus fortuitus, non tamen in depoſito venit, ſicut nec in alijs bonae fidei iudicijs. Et patet non eſſe bonam conſequentiam: Aliquis de periculo tenetur, ergo & de caſu fortuito. Quare & legem, de qua agimus, ita ſane aequum eſſe videtur interpretari, vt periculum illud intelligat, de quo intellexit alter I.C. *in d. l. 1. §. ſaepè.* non autem periculum caſus fortuiti. Sic & *in l. 3. ff. nautae, caupones & ſtabul.* periculum ad nautam pertinere dicitur, non tamen teneri, ſi quid damno fatali contigerit.

Ad l. rogaſti, reſpondent Bartol. & alij, quod textus ait: [*Sine culpa rem periſſe*,] accipiendum eſſe, de culpa lata vel leui, non autem de leuiſſima. Poteſt dici Iuriſconſultum in ea ſpecie non loqui de depoſito, ſed de eo, qui rem dedit, ad hoc, vt venderetur. Nam in depoſito ita receptum videtur, vt nunquam caſus fortuiti periculo depoſitarius obligetur, *vt in d. l. 1. §. ſaepe ff. depoſiti.*

Nec obſtat quod dicitur, depoſitum hoc in caſu gratia mutui factũ eſſe, & ideo naturam eius ſortitum, quia negatur conſequentia: Nam antequam depoſitarius ea pecunia vtatur, tenetur ex depoſito, & non ex mutuo, & quoniam fit ipſius depoſitarij gratia, merito de culpa teneri debet, non autem de caſu fortuito.

Denique in commodato extat lex aperte dicens commodatarium de caſu fortuito non teneri, etiamſi omne periculum ab eo praeſtandum ſit. Ait Vlpian. [*Commodatum autem plerunq; continet vtilicatem eius ſolum cui cõmodatur, & ideo verior eſt Quinti Mucij ſententia exiſtimantis, & culpã praeſtandam & dili-*

 dili-

diligentiam. Et ſi forte res æſtimata data ſit, omne periculum ab eo præſtandum, qui æſtimationem ſe præſtaturum recepit. Quod vero ſenectute cōtingit, vel morbo, vel vi latronum ereptum eſt, vel ſi quid ſimile accidit, dicendum eſt, nihil eorum eſſe imputandum ei, qui commodatum accepit, niſi aliqua culpa interueniat.] Hactenus I.C. *in l. ſi vt certo. §. nunc videndum. ff. commod.* Quibus verbis facile intelligitur, quam ſit alienum à lege, vt de fortuitis caſibus quiſquam obligetur in contractu, in quo omne periculum alioqui ad aliquem ſpectare conſtitutum eſt. Et hæc interpretatio quin adhiberi poſſit in hac lege, nihil proponi animaduerto.

Caput LXXI.

Tractantur duæ Controuerſiæ ad interpretationem l. quod te. ff. ſi certum petatur.

Qvod te mihi dare oporteat, id poſtea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore detrimentum conſtat.] Verba ſunt Iuriſconſulti, *in l. 5. ff. ſi cert. peta.*

Duo autem ſunt potiſſimum controuerſa. Primum, quid in debitore quantitatis reſpectu certæ ſpeciei ſit dicendum, an ſcilicet, perempta ſpeciei ante moram liberetur, ſicut debitorem certæ ſpeciei liberari conſtat. Alterum eſt, an ſi poſt moram res perempta ſit, debitor indiſtincte teneatur, an vero diſtinguendum ſit, an ſimiliter apud creditorem peritura eſſet.

Quod attinet ad primum: Debitorem non liberari exiſtimarunt Raphael Cumanus, & Io. Franciſ. Ripa, *in Commentariis huius legis*. Quorum argumenta ſunt iſta.

Primum *ex l. fundum Cornelianum. ff. de nouatio.* in illis verbis: [*Denique meliore, vel deteriore facto, ſine culpa debitoris poſtea fundo, præſens æſtimatio fundo petito, recte conſideretur.*]

Secundum eſt *ex l. hominem. ff. mādati*, ibi: [*Et ideo etiamſi mortuus fuerit, vtilis ea actio eſt.*]

Tertium ex *l. vir vxori. ff. de dote præleg.* vbi, licet mancipia moriantur, æſtimatio tamen debetur.

Quartum ex *l. æſtimatæ. ff. ſol. matr. & ex l. plerumque. ff. de iure dotium.* vbi dicitur, maritum non liberari interitu rerum dotalium, ſed teneri ad æſtimationem præſtandam.

Quintum argumentum. Acceſſorium ſequitur naturam ſui principalis, ſed principalis obligatio hoc in caſu eſt ad quantitatem, quia ſpecies debetur reſpectu quantitatis. Ergo, debitor non liberatur ex interitu ipſius rei, quia debitor quantitatis non liberatur, *l. incendium. C. ſi certum petatur.*

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Caſtr. Alex. Iaſ. Dec. Alciat. Cagnol. & alij, *in d. l. quod te.* quibus, & ipſe adſtipulor. Probatur primo, ex l. Titiæ textores. §. vlt. de legat. 1. [*Si alteri Stichum hæres dedit*, ait Iuriſconſultus, *quem duobus dare damnatus fuerat, & antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus eſt, hæres non tenetur, quia nihil per eum factum intelligitur.*] In ea ſpecie hæres tenebatur æſtimationem Stichi alteri legatario præſtare, & ſic ad quantitatem erat obligatus, propter ſpeciem, hoc eſt propter Stichum, *vt in l. ſi res, 20. de leg. 3.* & mortuo Sticho ante moram, liberatur.

Secundò, probatur ex l. filiusfamilias Miles. § vlt. de leg. *1.* vbi idem dicitur, quod in lege proxime citata.

Tertiò, probatur ex l. quidam teſtamento. §. ſi tibi, de leg. 1. [*Si tibi ſeruus legatus fuerit, & petitum à te, vt Titio aliquid præſtares, vſque ad pretium ſerui, deinde ſeruus deceſſerit, nihil fideicommiſſi nomine præſtare cogendus eris.*] Hactenus Iuriſconſultus.

Quartò, probatur ex l. 1. §. vlt. cum l. ſeq. ff. ſi cui plus quam per legem Falcid. [*Si res quæ legata eſt apud legatarium interierit, probandum eſt exceptione ſuccurri ei, qui promiſit, etiamſi quanti ea res ſit, promiſerit.*] Quibus verbis Iuriſconſultus docet legatarium, qui promiſit rei legatæ æſtimationem, & ſic obligatus eſt ad quantitatem reſpectu certæ ſpeciei, eius interitu liberari.

Quintò, probatur ex *l. ſi ſeruus cōmunis. ff. de furtis*, in illis verbis: [*Ex his igitur apparere & mortuo ſeruo, nihil eſſe, quod actor eo nomine conſequi poſſit, &c.*] Idem probat text. in l. 1. verſ. Plane. ff. ſi quadrup. pauper. feciſſe dicatur ibi:

ibi: [*Planè ſi ante litem conteſtatam deceſſerit animal,extincta erit actio.*]

Ad primum argumentũ contrariæ ſententiæ reſpondeo, *in l.fundum Cornelianum*, debitorem obligatum fuiſſe, tam ad rem, quam ad æſtimationem, quia debitor rei animo nouandi æſtimationem promiſerat. Sed noſtra quæſtio eſt, vbi quis eſt obligatus ad quantitatem intuitu certæ ſpeciei.

Ad ſecundum reſpondeo, *in d.l.hominem.* debitorem in mora fuiſſe, & penes ſe pretium hominis mortui habuiſſe: Merito non liberatur ex interitu rei.

Ad tertium, *ex l.vir vxori.* reſpondeo. Legatum vbi vxori deberi, quia maritus ſuperuixit mortuis mancipijs, nec legatum reuocauit. Quare eius voluntas ſeruanda eſt, quæ talis fuiſſe conijcitur, vt etiam mortuis mancipijs legatum vxori præſtaretur.

Ad quartum ex l.æſtimatæ, & alijs concordantibus reſpondeo, ibi agi de marito obligato ad quantitatem ſimpliciter, nempe ad pretium rei æſtimatæ in dotem datæ: Nam æſtimatio emptionem inducit, *l.quoties.C.de iure dotium.*

Ad quintum reſpondeo, quæſtionem proponi, ac intelligi in ijs terminis, in quibus quantitas eſt principaliter in obligatione, ſed quando ſpecies principaliter debetur, & eius cauſa, & reſpectu debetur quantitas. Quare argumentum retorquetur.

Quod attinet ad alterã controuerſiam, non diſtinctionem adhibendam, ſed abſolute debitorem teneri, re perempta poſt moram ipſius, cenſuit olim Ioannes antiquus Interpres, quem ſecuti ſunt *in d. l. quod te*, Bar. Bald. Ang. Salic. Iaſ. Alc. Ripa, Soci. Corn. *num.* 10. Zaſius, *nu.* 28. quorum argumentum eſt præcipuum ex legibus, quibus indiſtincte dicitur, debitorem non liberari, ſi poſt moram res perierit, *l. quod te, l.1.§. Rectiſſime, l.merito.ff.de vi, & vi armata, l.apud Iulianum §.ipſius quoque, de leg.1.l.cum filiusfam. ff.de verbo oblig. l. nemo. §. vlt. ff. eod. l.in Aſia, §. vlt. ff depoſiti.*

Secundũ argumentum eſt *ex l. cum res, §. vlt.de leg.1.* ibi: [*Item ſi fundus chaſmate perierit, Labeo ait vtiq; æſtimationem non deberi, quod ita verum eſt, ſi non poſt moram factam id euenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*]

Tertium eſt *ex l.ſi filio.§.ſi poſt diuortium, ff. ſol.matr.* in illis verbis: [*Si poſt diuortium res dotales deteriores factæ ſint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipſe præſtabit.*]

Quartum *ex l.pecuniam.§.penult.ff. de condict.ob cauſam.* ibi: [*Sed vbi accepit vt manumitteret, deinde ſeruus deceſſerit, ſiquidem moram fecit manumiſſioni, conſequens eſt, vt dicamus refundere eum debere, quod accepit. Quod ſi moram non fecit, &c. Siquidem diſtracturus erat, ſine quo ipſe vſurus oportere dici, nihil enim refundere debet.*]

Quintum argumentum. Fur & Morator æquiparantur, *l.inter ſtipulantem.penultim.de verbor.oblig.* Sed fur tenetur indiſtincte re perempta, *l.Subtracto.C.de furtis.* Ergo & Morator.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Caſtr. Dec. Aret. Fulgoſ. & Cagn. *in d.l. quod te.* & Socin. *in conſ.18.col.2.li.2. & in conſ.105. lib.3.* Quibus, & ipſe aſſentior.

Probatur primo *ex l.ſi plures.§.1.ff. depoſiti.* ibi: [*Siue autem cum ipſo, apud quem depoſita res eſt, actum fuerit, ſiue cũ herede eius, & ſua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti ſi homo mortuus fuerit, Sabinus, & Caſſius abſolui debere eum, cum quo actum eſt, dixerunt, quia æquum ſit, naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique cum interitura eſſet ea res etſi reſtituta eſſet actori.*]

Secundò ex l.ſi cum exceptione. §. Sed etſi non culpa. ff. de eo quod metus cauſa. [*Sed etſi culpa eius, cum quo agetur, abierit, ſi tamẽ peritura res non fuerit, ſi motum non adhibuiſſet, tenebitur res, ſicut in interdicto, Vnde vi, &c.*]

Tertio, *ex l.Item ſi verberatum.§.vlt.ff.de rei vend.* ibi: [*Si ſeruus petitus, vel aliud animal demortuum ſit, ſine dolo malo, & culpa poſſeſſoris, pretium non eſſe præſtandum plerique putant, ſed verius eſt, ſi forte diſtracturus erat petitor, ſi accepiſſet, moram paſſo debere præſtari. Nam ſi ei reſtituiſſet, diſtraxiſſet, & pretium lucratus fuiſſet.*]

Quartum eſt *ex l.ſi vehenda §.ſi ea conditione.ff.ad l.Rhodiam, de iactu.* vbi textus: [*Si ea conditione nauem conduxiſti, vt ea merces*

tua

tua portarentur, eaq́ merces Nauta nulla neceſſitate coactus in nauē deteriorē, cum id ſciret te fieri nolle transtulit, & merces tuæ cū ea naue perierūt, in qua nouiſſimè vectæ ſunt, habes ex cōducto locato, cum priore nauta actionem.] Paulus: [*Immò contra, ſi modo ea nauigatione, vtraq́ nauis perijt, cum id ſine dolo, & culpa Nautarū factum eſſet.*]

Ad primum argumētum contrariæ ſententiæ reſpondeo: Leges in eo citatas declarandas eſſe ex alijs ſupradictis, nempe adhibita diſtinctione iam dicta.

Ad ſecundum, ex l. cum res. §. vltimo, reſponſio patet, qui tex. ibi loquitur, quando legatarius erat rem diſtracturus, conſequenter, non erat apud eum res peritura, quia vtilitatem alienando percepiſſet.

Ad tertium, ex l. ſi filio. §. ſi poſt diuortium, ita reſpondeo. Textus dicit Mariti debitoris periculum eſſe. Sed vtrū ſi apud vxorem res peritura fuiſſet teneatur, non docet ille textus.

Ad quartū, ex l. pecuniam. §. pen. reſpōdeo. Solutionem colligi, ſi facti ſpecies recte intelligatur. Quidam pecuniā accepit, vt ſeruum manumitteret, mortuus eſt ſeruus, antequam manumitteretur. Quæritur an pecunia condici poſſit. Reſpondit Iuriſconſultus poſſe, ſi mortuus ſit ſeruus poſt moram manumiſſioni factam. Si ante moram diſtinguendum eſſe, Vtrum is, qui pecuniam accepit diſtracturus eſſet ſeruum, nec ne. Argumentum ita ſumitur. In priore caſu, vbi mora facta eſt, non adhibetur ea diſtinctio, ſed tantū in poſteriore caſu ante moram. Reſpōdeo. In priore caſu adhiberi non poſſe eam diſtinctionem, quia ſi is, qui pecuniam accepit, allegaret, ſe potuiſſe ſeruum diſtrahere, replicaretur aduerſus eum, cur non manumiſiſſet ſeruum cum poſſet? aut pecunia non accepta, cur ſeruum non diſtraxiſſet? Illa diſtinctio valet, cum ante moram ſeruus obijt. Quare ad rem noſtrā accommodari non poteſt.

Ad vltimum argumentum reſpondeo. Non ſi in aliquibus comparātur fur & moroſus, iccirco in omnib. eſſe cōparandos, *vt dicebat quidam Doctor Gallus, Controuerſ. Illuſt. quæſt.* 30. *vide etiam hac de re Menoch. lib.* 3. *Præſumpt.* 138.

CAPVT LXXII.

In caſibus, in quibus mora incurritur abſque interpellatione, vtrum rei interitu liberetur debitor.

EST etiam controuerſia, vtrum debitor re perempta liberetur, ſi fuerit in mora, quam irregularem Doctores vocant, quæ ſcilicet abſque interpellatione committitur. Et liberari cenſuerunt Alex. *in l. de diuiſione. ff. ſolut. matr.* Alciat. *in d. l. quod te circa finem. ff. ſi certum pet. alios citant & communem eſſe aſſeuerant Iaſon. ibidem, n.* 25. *Cagnolus nu.* 97. Fundamentum eſt *in l. naturalis. §. ſed ſi Scyphos. ff. de præſcript. verbis*, vbi I.C. [*Sed ſi Scyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præſtare debes.*] Ibi periculum interitus ad debitorem non pertinet, cum tamen ſit in mora illa irregulari, qui videlicet Scyphos ab altero accepit.

Sed contrariam ſententiam amplectuntur Iaſon, & Cagnol *loco annotato*, autoritate d. l. quod te, vbi dicitur periculum interitus ad debitorem pertinere, ſi fuerit in mora. Ergo ſiue mora fuerit regularis, vt vocant, per interpellationem factam, ſiue irregularis, idem eſt dicendum, & eadem eſt ratio.

Nec verum eſt in ſpecie d. §. ſed ſi Scyphos, debitorem in mora fuiſſe, quia textus dicit, & tu duntaxat culpam præſtare debes, *vt declarat Coraſius lib.* 2. *Miſcellane. c.* 9. Et ratio id euincit. Nam vna & eadem res efficere non poteſt, vt debitor obligetur, & ſimul etiam in mora conſtituatur, *l. quod dicimus. ff. de ſolution.* Sed ex eo, quod alter Scyphos dedit, oritur obligatio alterius, nempe, vt det Stichum, quia in eiuſmodi contractibus innominatis, ex eo quod vnus implet contractum pro parte ſua, alter obligatur ad implendum, *l. Iurisgentium. ff. de pactis.* Ergo non poteſt in mora conſtitui. Hæc & alia quædam leuiora tamen, adferuntur pro hac ſententia. Quibus non obſtantibus, communem ſententiam ſequor: Nam illa vocatur à Doctoribus noſtris

ſtris mora irregularis, quæ ex implemento alterius partis oritur, *vt patet ex notatis in l. curabit. C. de actio. empt. in l. de diuiſione, ff. ſolut. matr. & alibi.* Quare in ſpecie, de qua loquitur text. *in d. §. ſed ſi Scyphos,* alter iam impleuiſſet Scyphos dando, ſequitur dicendum alterum in mora fuiſſe. Et quod dicitur ex eodem actu obligationem, ac moram ſimul oriri non poſſe, verum eſt, ſi de mora propriè dicta intelligatur.

Cæterùm, nec Coraſio aſſentior impugnanti communem interpretationem d. §. ſed ſi Scyphos, vt ſcilicet, interius periculum ad debitorem non ſpectet, quantum ad hoc, vt teneatur ad rem præſtandam, vel ad id, quod intereſt, non autem quantum ad hoc, vt quod accepit, reſtituere non teneatur. Verius tamen teneri, *vt probat l. vlt. ff. de condict. ob cauſam. Quæ ita conciliari debet cum §. ſed ſi Scyphos.*

Nec obſtat, quòd in verbis præcedentibus loquatur ibi Iuriſconſultus de condictione ob cauſam: Nempè, ſi rem dedero, vt rem accipiam, mihi condictionem rei datæ competere, deinde ſtatim ſequitur: [*Sed ſi Scyphos dedi, & cæt. periculo meo Stichus erit;*] Quæ verba ſi ad proximiora referuntur, innuunt, eo caſu condictionem ſeu repetitionem datorem nõ competere Non, inquam, hęc obſtant, quia §. ſed ſi Scyphos. aduerſatur præcedentibus verbis, hoc modo, vt eo negetur actionem præſcriptis verbis competere ad id, quod intereſt. Et cùm eà oratio contineat ſimul actionem ad id, quod intereſt, & datorum repetitionem, non debet inſpici, quod prius vel poſterius ſit. Sed declarari debet ex d. l. vlt. ff. de condict. ob cauſam, vbi dicitur, mortuo Sticho repeti poſſe, quod datum eſt. Nec ibi ſit vlla mentio moræ debitoris magis quàm in d. §. ſed ſi Scyphos. vbi perperam illa verba perpenduntur (& tu duntaxat culpam præſtare debes) ad excludendam moram: quia aliud eſt culpa, in conſeruando Sticho adhibita, propter quam perijt, aliud eſt culpa, quæ conſiſtit in mora commiſſa in eo tradendo. Et negari non poteſt, qui fuerit in mora irregulari debitor, cùm Scyphos accepit, & Stichum non tradidit.

CAPVT LXXIII.

Duæ Controuerſiæ ad interpretationem l. ſingularia. ff. ſi cert. peta. & eius materiam.

SIngularia quædam præcepta ſunt circa pecuniam creditam. Nam ſi tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam, obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus perſonis recipitur, hoc in eadem perſona recipiendum eſt, vt cùm ex cauſſa mandati pecuniam mihi debeas, & conuenerit, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta. Verba ſunt Vlpian. *in l. 15. ff ſi cert. pet.*

Controuerſia autem eſt primò, ſi debitori meo iuſſero, vt tibi pecuniam det, ille verò tibi non dederit, ſed promiſerit: An tu mihi eam reddere tenearis: An verò aduerſus debitorem meum, actionem mihi cedendo liberetis.

Secundò, ſi mandaui debitori meo, vt Titio creditori meo centum ſoluat, præſenti, acceptanti, & interueniente vera delegatione. Debitor meus promiſit ſoluere, ita creditore conſentiente, & promiſſionem acceptante, vtrum ſi non ſoluerit, ſed bona ſua decoxerit, Titius contra me agere poſſit?

Quod attinet ad primam controuerſiam, te ad reddendam mihi pecuniam teneri, perinde ac ſi à debitore meo pecuniam accepiſſes. Autores ſunt Salicet. & Ludouic. Rom. *in d. l. ſingularia.* & Fulg. *in l. ſi me & Titium. ff. eod. tit.*

Primum argumentum eſt, ex regula quadam brocardica, vt vocant, paria ſunt ſoluere & pertinere, *l. vltim. C. ad leg. Falcid.* Si debitor ſoluiſſet, tu mihi teneris ex mutuo: Ergo ſi promiſit idem eſt dicendum.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod qui actionem habet, rem ipſam habere videtur, *l. qui actionem, de reg. iur.* Sed contra debitorem meum actio tibi competit ex promiſſione, ergo perinde eſt, ac ſi rem; hoc eſt, pecuniam haberes, quo in caſu mihi tenereris.

Tertium argumentum eſt *ex l. quamuis, §. interdum. ff. ad Velleianum,* in illis verbis: [*Soluit enim qui reum delegauit.*]

 Quar-

Quartum eſt *ex l. in eum. §. vltim. ff. de inſtitoria act.* ibi: [*Quod autem pro eo, qui pecuniam fœnerauit, alij per delegationem promiſit, à Domino rectè petetur, cui pecunia credita, contra eum, qui delegauit, actio quaſita eſt.*]

Contrariam ſententiam, nempè, ſufficere hoc in caſu, ſi actio credatur aduerſus debitorem, ſecuti ſunt Paul. Caſtr. *in d. l. ſingularia, num. 19.* Alex. *num. 29.* Iaſ. *num. 31.* Zaſius *num. 9.* Alc. *ad l. ſi me & Titium, num. 15. ff. eo.* & *ibi* etiam Bart. licèt de actione tantùm competente loquatur. Et iſtis ego etiam accedo. Probatur autem hæc ſententia, quia hoc in caſu nulla mihi actio competit ex mutuo. Vlpian. enim *in hac l. ſingularia.* loquitur quando à debitore meo pecunia numerata eſt, vt patet ex illis verbis: [*Obligaris mihi, quamuis meos nummos nō acceperis.*] Actio ergo mihi competit ex æquitate, *l. ſi me & Titium. ff. eod. tit.* Eſt enim æquitati conſentaneum, vt is, quis, qui nummos meos exigere poteſt à debitore meo, ob promiſſionem ei mandato meo factam, aut eos mihi reddat, aut actionem cedat aduerſus debitorem meum, quem alteri delegādo liberaſſe video, *l. delegare. ff. de nouatio.* & quoties quis tenetur eam ob cauſam, quod actionem habet; cedendo actionem ipſam, liberatur, *l. quod debetur. ff. de pecul.*

Deniqne cùm æquitas id ſuadeat, vt id, quod ex meo ad te peruenit mihi reddas, & ad te actio contra debitorem meum peruenerit, ęquum bonum eſt, vt eam mihi cedas, & cedendo libereris.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo. Non ſi aliquando comparentur ſolutio & promiſſio, vt in ea ſpecie, de qua agitur in l. vlt. C. ad leg. Falcid. iccirco in omnibus comparari. Sunt enim longè diuerſa, vt patet.

Secundum argumentum retorquetur. Si enim, qui actionem habet, rem habere videtur, igitur actione ceſſa, debitor liberatur, quia perinde eſt, ac ſi Creditor rem haberet, quæ interpretatio eſt benignior, quàm contraria, de qua in argumento, cùm pecunia ſoluta non fuerit, ſed tantùm promiſſa.

Ad tertium ex l. quamuis, §. interdum. reſpondeo, eum, qui delegauit ſoluere, in ea ſpecie, de qua loquitur ibi Iuriſc. nempè, vt mulier condicere valeat debitoris delegati liberationem; Et licèt text. dicat, [*ſoluit enim qui reum delegauit,*] id non ita generaliter accipiendum eſt, ſed locum habet, quoties loco ſolutionis creditor delegatione contentus fuit. Creditori enim ſolutum videtur, quocunque modo ei ſatiſfiat; *l. ſi rem. §. omnis, l. ſolutum. §. ſolutam. ff. de pig. actio.*

Ad quartum argumentum ex l. in eum, §. vlt. reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam is, qui pecuniam fœnerauit confeſtim inſtitori obligatur, mutuum enim contraxit verè & efficaciter. Pecuniam verò non accepit, qui maluit alteri eam delegare & cedere. At in quæſtione noſtra, non contraxit mutuum, ſed promiſſionem duntaxat eius, qui mutuanti debebat, accepit, non autem pecuniam. Quare non pecuniam reddere tenetur, ſed actionem cedere.

Quod attinet ad alteram controuerſiam; Debitorem ex delegatione facta liberari, nec amplius conueniri poſſe, licèt delegatus debitor ſoluendo non ſit, communis eſt & vera ſententia. Nam per delegationem factam debitorem liberari, ex eo conſtat, quod delegare nihil aliud eſt, quàm vice ſua alium dare reum creditori, vel cui crediditor iuſſerit, *l. delegare, 11. ff. de nouatio.* vt meritò is, qui reum delegauit, ſoluiſſe dicatur à Iuriſconſulto, *in l. quamuis, §. interdum. ff. ad Velleianum.* *Atque ita docent in d. l. ſingularia, Bart. num. 19. Iaſ. num. 31. Alc. num. 53. Dec. num. 26. & in conſ. 107. Benuen. Stracha de Mercatura, tit. de Mandato, numer. 3. Andr. Gaill, lib. 2. obſ. 30. numer. 7. alios citat Gabr. commun. concluſ. tit. de nouatio. concluſ. 1. num. 19. Maſcar. de probat. vol. 2. concluſ. 1111. num. 3.*

Contrariam ſententiam habuiſſe videtur Ludouicus Rom. Curt. iun. & alij quidam, *in d. l. ſingularia.* quorum illud eſt argumentum, quòd Nouatio non inducatur iure nouiſſimo, niſi expreſsè id agatur, *l. vlt. C. de Nouation.* Sed reſpondetur cùm ſit delegatio, neceſſariò nouationem induci, quia loco debitoris alius debitor delegatur, *l. delegare. ff. de Nouat.* Quare impoſſibile eſt, vt

non

non fiat nouatio, quia ſic eſſent duo in ſolidum debitores, & is qui alium ſui vice ſubſtituit, adhuc eſſet debitor, quod repugnantiam continet, & iniquitatem quoque. Nam actionem is aduerſus ſuum debitorem, quem delegauit, non habet, & tamen conueniri poſſet.

Actionem non habere, patet ex l. 2. & 3. C. de nouation. & ex dictis legibus probatur, ex delegatione ius nouationis oriri. Denique qui debitorem ſuum delegat, pecuniam dare intelligitur, *l. qui debitorem. ff. de fideiuſſor.* ergo inducitur nouatio & liberatio per delegationem.

Capvt LXXIV.

Ad interpretationem l. vinum, ff. ſi cert. peta. Controuerſia vna.

Vinum quod mutuum datum erat, per Iudicem petitum eſt, quæſitum eſt, cuius temporis æſtimatio fieret, vtrum cùm datum eſſet, an cùm litem conteſtatus fuiſſet, an cùm res iudicaretur. Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet, quo tẽpore redderetur quãti tunc fuiſſet, ſi non quãti tunc fuiſſet, cùm petitum eſſet.] Ita Iuriſconſ. in l. 22. *ff. ſi cer. pet.* Eſt autem controuerſia inter Doct. quomodo accipienda ſint illa verba legis vltima, [*quanti tunc fuiſſet, cum petitum eſſet.*] An videlicet de iudiciali tamen petitione accipienda ſint, an verò de petitione quoque extra iudicium facta.

Et quidem hoc poſteriori ſenſu accipienda eſſe, Autores ſunt gloſſ. Bartol. Caſtrenſ. Alexand. Iaſon. Socin. Zaſius & Cagnol. quorum illud eſt fundamentum, quod verbum petere, tam iudiciali petitioni conueniat, quàm extraiudiciali, *l. decem cùm petiero. ff. de verb. obligat.* & cùm per interpellationem extra iudicium factam perinde mora committatur, ac per lapſum diei, *l. Mora, ff. de vſur.* Sequitur dicendum, vt quemadmodum vbi mora committitur per lapſum diei, æſtimatio fit ſecundum tempus obligationi præfixum, vt habetur in hac lege, in illis verbis: [*Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet,*] ita etiam dicendum ſit, vbi interpellatione facta mora incurritur.

Confirmatur argumentum, quia mora nocere debet, *l. hominem. ff. mandati, c. mora, de reg. iur. lib. 6.* Non noceret autem, ſi ratio non eſſet habenda æſtimationis eius temporis, quo per interpellationem mora cõmittitur. Nec obſtat quod dici ſolet in actionibus ſtricti iuris tempus litis conteſtatæ inſpiciendum, quia id locum ſibi vendicat ante moram debitoris, ſecùs autem poſt moram. Id patet ex d. l. hominem, vbi Iuriſc. [*aliter*, inquit, *in ſtipulatione ſeruatur.*] Nam tunc id tempus ſpectatur, quo agitur, niſi fortè aut per promiſſorem ſteterit, quò minus ſua die ſolueret, aut per creditorem, quò minus acciperet. Etenim neutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet.

Cæterùm, vt de iudiciali duntaxat petitione per litis conteſtationem illa verba ſint accipienda, magis eſt vt exiſtimem vnà cum Alb. Dec. Alc. & Aret. quia l. C. ab initio loquitur de iudiciali petitione, vt patet ibi: [*per Iudicem petitum eſt.*] Quare vt reſponſum interrogationi & quæſtioni conueniat, fateri cogimur, & poſtrema verba de iudiciali petitione accipienda eſſe, vt ea ſit mens Iuriſc. ſi quæratur cuius temporis æſtimatio inſpicienda ſit an litis conteſtatæ, an verò ſententiæ latæ, inſpiciendam eſſe æſtimationem tempore litis conteſtatæ, niſi dictum eſſet, quo tempore vinum mutuo datum redderetur.

Hæc interpretatio confirmatur ex alijs legibus, quibus dicitur in Iudicijs ſtricti iuris, vt eſt mutuum, æſtimationem fieri ſecundum tempus litis conteſtatæ, *l. 3. §. in hac. ff. commodati, l. vltim. ff. de condict. triticaria.* Nulla verò lex eſt quæ dicat, inſpiciendum tempus interpellationis, ſeu petitionis Iudicium factæ.

Huc accedat, quod vbi nulla dies eſt adiecta obligationi, debitor in mora conſtitutus per interpellationem extra iudicium eam purgare poteſt, quandocunque ante litem conteſtatam, *l. interdum. 73. §. vltim. l. ſi ſeruum, 91. §. ſequitur. ff. de verb. obl.* Vſque adeò, vt creditori imputetur, quòd litem conteſtatus non fuerit, *vt in l. ſi inſulam*, 84. *ff. eodem titul. vt eleganter explicat Antonius Faber, lib. 6. Coniecturarum Iuris, cap. 7.* Quare non perinde ſtatuendum eſt de mora, quæ

per interpellationem incurritur, quod conſtitutum eſt de mora, quæ committitur ob lapſum diei; Etſi enim debitor rem obtulerit, poſt diem conuentam, verum eſt tamen, illum intra diem præſtitutum non dediſſe, *l. Celſus. ff. de arboris.* meritò eo caſu inſpicitur æſtimatio eius temporis, quo conuentum eſt rem dari, vel reſtitui, *vt in hac l. & in d. l. hominem. ff. mandati.*

Non obſtat quod dicitur, verbum *petere*, adaptari etiam ad petitionem extra iudicium, quia id concedo, ſi ſpectetur natura & ſignificatio verbi. Sed ſi text. legis ſpectetur, & materia de qua agitur, id nego. Quod verò dicitur, perinde moram incurri ex interpellatione, atque ex diei lapſu, fateor, ſed non per omnia idem in vno atque in altero ſtatuendum eſt, quia ſubeſt ratio differentiæ, illa ſcilicet, quoniam mora purgari poteſt, vbi dies adiecta non eſt obligationi, quod minimè conceditur, vbi dies eſt adiecta. Et quod Iuriſconſult. dicit, moram non prodeſſe debitori in d. l. hominem intelligi debet in eo caſu, quo dies eſt adiecta, quemadmodum & ex eius verbis patet, ſecus autem vbi dies adiecta non eſt, ſi purgetur ipſa mora per debitorem, ſicuti ei licet ante litem conteſtatam, vt dictum eſt.

Capvt LXXV.

Al. l. ciuitas. ff. eodem titul. Controuerſia vna.

Ciuitas mutui datione obligari poteſt, ſi ad vtilitatem eius pecuniæ verſa ſunt, alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, non Ciuitas, tenebuntur.] Ita Vlpian. *in l. 27. ff. ſi certum petatur.* Diſſenſio eſt inter Doctores, ſi decurionibus Ciuitatis populo præſente, ſiue conſilio ipſius Ciuitatis, mutua data fuerit pecunia, an probandum ſit à creditore pecuniam verſam in vtilitatem fuiſſe. Et hanc probandi neceſſitatem non incumbere creditori hoc in caſu exiſtimarunt Bart. Caſtrenſ. Alexan. Corn. & Zaſius necnon Ripa, *in l. ſi is, qui bona, num. 10. ff. de pignor.*

Primum argumentum eſt, quia Ciuitas ex contractu obligatur abſolutè, Ergò neceſſe non eſt probare pecuniam in eius vtilitatem erogatam. Ciuitatem obligari ex contractu, probatur Primò, quia obligatur ex delicto, *l. metum. §. animaduertendum. ff. de eo quod metus cauſa.* Secundò, quia Ciuitas condere poteſt legem in his, quæ pertinent ad eius adminiſtrationem, *l. prohibere. §. planè, ff. quod vi aut clàm.* Contractus autem initus ab eo, qui legis condendæ poteſtatem habet, vim legis habet, *Cæſar. ff. de publicanis, l. penult. C. de donatio. inter vir. & vxo.* ergo talis contractus habet vim legis, & conſequenter ſeruandus eſt. Tertiò, quia à ſimili ex mutuo obligatur Capitulum Eccleſiæ ſede vacante inito, *vt docet glo. in c. Cupientes, in verbo, Aliunde, de Electio. lib. 6.*

Secundum argumentum eſt à ſimili: Nam ſi prælatus Eccleſiæ vnà cum Capitulo mutuam acceperit pecuniam, obligatur ad reddendam eam, licèt non probetur fuiſſe verſam in vtilitatem ipſius Eccleſiæ, *c. penult. de fideiuſſoribus.*

Sed in Ciuitate non libera, id eſt, vt vulgus loquitur, ſuperiorem recognoſcente, contrariam ſententiam ſecutus eſt Alciat. poſt Fulgoſ. *autoritate d. l. Ciuitas.* Sed videtur mihi communis ſententia ſatis probabilis; quia Vlpianus in hac lege non loquitur, cùm tota Ciuitas, hoc eſt, Decuriones populo vniuerſo præſente contrahit, ſed cùm adminiſtratores tantùm contraxerunt, vt patet ex illis verbis: [*Alioquin ipſi ſolis, qui contraxerunt, tenebuntur.*] Quę ſanè verba non conueniunt in eum caſum, quo tota Ciuitas contrahit.

Illud fateor non rectè dictum, contractum habere vim legis, id enim non probat l. Cæſar. ff. de publicanis, ſicuti benè explicat Zaſ. in hac lege. Et l. pen. de qua in argumento loquitur de contractibus Imperatoris.

Capvt LXXVI.

Vtrum probetur pecuniam conuerſam fuiſſe in vtilitatem Ciuitatis, vel Eccleſiæ, ex eo, quod probatur Ciuitatem, vel Eccleſiam tempore mutui indiguiſſe ea pecunia.

Conuerſionem in vtilitatem Ciuitatis & Eccleſiæ factã fuiſſe pecuniæ mutuo acce-

acceptæ, probari ex eo, quod probatur Ecleſiam vel Ciuitatem ea indiguiſſe, quo tempore accepit, exiſtimarunt Gloſ. *in c. hoc ius porrectum, in verbo, probat,* 10. *quæſt.* 2. Caſtr. *ad l.* 1. *§. non autem, & ad d. l. vlt. ff. de exercit. act. & ibid. Petr. Cyn. & Bald. Dec. ad l. ciuitas, n.* 10. *& ibi etiam Riminal. ff. ſi cer. pet. Ruin. in conſ.* 76. *col.* 4. *in fin. lib.* 4.

Fundamentum eſt in dicta l. vltim. ff. de exercitatoria actio. vbi patet, Nauis Magiſtrum obligari ex mutuo, quod in refectionem nauis contraxit propoſitus, ſi modo probetur refectione nauem indiguiſſe.

Sed contrariam ſententiam probat Bart. *in d. l. vlt.* Alex. *in d. l. Ciuitas, & ibid. Iaſ. nu.* 18. *Ang. in conſ.* 245. *Imola in c.* 1. *nu.* 17. *de depoſito. Ripa ad l. ſi is qui bona, num.* 10. *ff. de pignorat. & Ioſeph. Maſcard. de probat. volum.* 3. *concluſ.* 1161. *num.* 8.

Fundamentum eſt in eo, quod leges requirant probari verſionem in vtilitatem ciuitatis, & Eccleſiæ, *vt in c. penult. fideiuſſ. & in d. l. Ciuitas.* Nulla vero eſt lex, quæ verſionem demonſtrari ex eo decernat, quod eccleſia vel ciuitas indiguerit pecunia, tum quia fieri poteſt, vt indiguerit, & tamen in eius vſum repoſita non fuerit, tum quia raro accidere poteſt, vt mutuo pecunia ſine neceſſitate accipiatur. Quapropter aut nunquam, aut certe raro is ſuccumberet, qui conuerſionem factam allegaret, quia probationem paratam fere ſemper haberet.

Tertia eſt ſententia Iac. Menochij *de arbit. iud. caſu* 432. *num.* 35. hanc rem iudicis arbitrio committentis, veluti iure non definitam, & quæ ex variis cauſarum circumſtantiis facile definiri poteſt. Nec à Menochio diſſentit Ioſeph. Maſcardus *loco proxime citato, num.* 10.

Sed mihi magis probatur eorum ſententia, qui abſolute negant conuerſionem demonſtrari ex eo, quod demonſtretur eccleſiæ, vel ciuitatis neceſſitas. Cui ſane ſententiæ magnopere ſuffragatur argumentum, quod ſuperius allatum eſt.

Nec obſtat text. in d. l. vlt. ff. de exercit. actio. quia ſpecies illa longe eſt abſimilis. Agitur ibi de priuatis perſonis, hic de publicis. in priuatis, qui ex mutuo obligantur, neceſſe non eſt probare pecuniam verſam in vtilitatem. In ciuitate ſecus & in eccleſia. Quare ſi quis præpoſuerit quempiam Naui, tenetur, ſi modo cum pecunia crederetur, Nauis in ea cauſa fuiſſet, vt refici deberet, nec lex requirit, vt in eam cauſam verſio probetur. At in quæſtione noſtra nominatim id requiri conſtat.

Caput LXXVII.

Tractantur duæ Controuerſiæ de mutua pecunia Eccleſiæ data, ad interpretationem c. penult. de fideiuſſ. & c. 1. de ſolutionibus.

SI Prælatus conſentiente Capitulo pecuniam mutuatus fuerit, nec vnde eam reddere poſſit, habeat, niſi immobilia bona vendat Eccleſię, Controuerſia eſt, ſi non probetur pecuniam verſam in vtilitatem Eccleſiæ, vtrum ad eam reſtituendam cogi poſſit.

Et cogi non poſſe, Autores ſunt Abbas Panorm. *in c. penult. de fideiuſſ. num.* 4. *& in c.* 1. *num.* 9. *de Depoſito.* Card. *in d. c. penult. c. pen. & in conſ.* 71. *col. vlt.* Alc. *in l. ciuitas, num.* 4. *& nu.* 6. *ff. ſi cert. pet.* Quorum argum. illud eſt, quod ſine cauſa iuſta alienari non poſſunt Eccleſiæ bona immobilia, *c. ſine exceptione.* 12. *q.* 2. Hic autem nulla cauſa videtur eſſe legitima, quia non conſtat pecuniam in Eccleſiæ vſum fuiſſe conſumptam.

Sed contraria ſententia longe probabilior & communior eſt. Nempe, Eccleſiam cogi poſſe ad reſtituendam pecuniam, licet verſio in vtilitatem facta non oſtendatur, *ita docuerunt Bart. in d. l. ciuitas, num.* 13. *Dec. n.* 6. *Iaſon. col. penult. Butr. in c. penult. num.* 9. *de fideiuſſor. Mar. Soc. in conſ.* 15. *nu.* 25. *lib.* 1. *Caſtr. in conſ.* 338. *n.* 2. *lib.* 1. *Imola in c.* 1. *n.* 17. *de depoſito, Rol. à Valle, in conſ.* 41. *n.* 36. *lib.* 1. *Iac. Menochius de Arbitr. iud. caſu* 432. *nu.* 13. *verſ. Contrariam itaque opinionem.*

Probatur hæc ſententia autoritate text. *in d. c. penult. de fideiuſſor.* dum id dicitur, Eccleſiam nõ teneri ad reſtituendum mutuo acceptam pecuniam, quoties abſque Prę-

ti autoritate, & maioris partis Capituli mutuum eſt cōtractum, niſi probetur eam fuiſſe verſam in vtilitatem Eccleſiæ. Etenim à contrario ſenſu, ex hoc loco ſatis clare euincitur, Eccleſiam teneri: ſi mutuum contractum fuerit, accedente Prælati & Capituli authoritate. Quæ ſane cauſa ſoluendi æs alienum iuſtiſſima reputanda eſt, alienandi res immobiles Eccleſiæ, *c. hoc ius porrectum*, 10. *quæſt.* 2. Quare ceſſat argumentum contrariæ opinionis.

Altera Controuerſia, quam huius cap. tit. promittit, hæc eſt: Prælatus Eccleſię abſque conſenſu Capitularium mutuatus eſt pecuniam: non conſtat, an in Eccleſiæ vtilitatem fuerit conuerſa. Moritur. Numquid ſucceſſor ad eam creditori reſtituendam compelli poſſit?

Affirmant compelli poſſe Panor. *in d. c. penult. num.* 7. *de fideiuſſor.* necnon Anch. *n.* 9. & Cardin. *in* 10. *quæſt.* autoritate text. *in c. de ſolut.* vbi Summus Pontifex: [*Sicut filius debita Patris ſoluere tenetur, ita Prælatus ſui prædeceſſoris pro Eccleſiæ neceſſitate contracta.*] Nam ſi verſio in vtilitatem Eccleſiæ probanda eſſet hoc in caſu, ſequeretur creditorem ad hoc adſtringi, vt negotium Eccleſiæ gereret, vt de creditore mutuante Præpoſito nauis dicebat Iuriſconſultus Africanus, *in l. vltim. ff. de exercitor. actio.* Præſertim ſi fortaſſe accideret, vt propter Eccleſiæ neceſſitates Prælatus accepta pecunia Romam proficiſci deberet, tunc creditori onus incumbere videretur curam adhibendi, vt ea pecunia in neceſſarios tantum vſus expenderetur, quod ſane per quam durum eſſet ac difficile.

Et licet probationem iſtam exigat text. *in d. c. vltim. de fideiuſſor.* non tamen loquitur de prælato Eccleſiæ mutuum contrahente, ſed de Monacho, ſeu religioſo, abſq; licentia Abbatis, & maioris partis Capituli ſe obligante.

Cæterum, hoc in caſu ſucceſſorem compelli poſſe negant Innoc. *in c.* 1. *de ſolut.* Ant. Butr. *in d. c. pen. n.* 9. Caſtr. *in conſ.* 338. *li.* 1. *n.* 2. *verſ. Si vero nullum.* Quorum fundamentum eſt in d. c. pen. quatenus ibi S. Pontifex exigit eam probationem, vbi ſine conſenſu maioris partis Capituli, ſimulque Prælati mutuum eſt contractum. Etſi enim conſenſus hic exter Prælati, deficit tamen conſenſus Capituli.

Tertia eſt ſententia Iacobi Menochij, hanc rem diligentis ac boni iudicis arbitrio delegantis, *de arbitrariis Iudic. caſu* 432. *num.* 18.

Ego vero eorum ſententiæ magis adſtipulor, qui negant ſucceſſorem teneri, ſi verſio in vtilitatem facta non probetur.

Moueor inprimis autoritate d. c. penul. Secundo moueor autoritate c. 1. de ſolu. ac perpendo verba Summi Pon. iācis eo in loco, quibus dicit: [*Succeſſorem obligari ad ſoluēda debita Prædeceſſoris pro neceſſitate Eccleſiæ contracta.*] Igitur hæc ipſa qualitas erit probanda à creditore, ſcilicet debita contractā fuiſſe pro neceſſitate Eccleſiæ. Nec vero aliter probari poterit, niſi demonſtretur pecuniam creditam neceſſitati Eccleſiæ ſubueniſſe. Nam Eccleſiam pecunia indiguiſſe, & idcirco mutuo eam accepiſſe, ſi probatur, non infertur tale debitum contractum fuiſſe pro neceſſitate Eccleſiæ. Itaque verba cum effectu ſunt accipienda, & conſequenter pro neceſſitate Eccleſiæ debitum contractum intelligitur, cum ideo contractum eſt, vt neceſſitati ſubueniretur, & ſubuentum fuit.

Tertio moueor ex §. Si vero quis, aut Epiſcopo, aut œconomo, *in Auth. de alienatione, & Emphyteuſi.* Vbi Iuſtinianus ita dicit: [*Si vero quis aut Epiſcopo, aut Oeconomo, aut ordinatori cuilibet venerabilis domus, ſiue in regia Ciuitate, ſiue in prouincia cōſtitutæ pecunias crediderit, iubemus neq; hoc eis reputari pro venerabili domo, niſi primitùs oſtenderint, quod in vtilitatem prædictæ venerabilis domus ipſa profecerunt, neque ipſum creditorem, aut heredes eius contra venerabilē domum habeat aliquam pro ipſis actionem, niſi monſtrauerint, quod in vtilitatem venerabilis domus, pecuniæ profecerunt. Sed contra mutuum accipientem pecunias, aut heredes eius proprias moueant actiones.*] Quare nec obſtat text. *in d. c.* 1. *de ſolut.* Immo ab hac ſententia plurimum facit. Nec text. *in d. c. penult. de fideiuſſor.* facile euitari

euitari poteſt: Et ad extremum quod dicitur de cura ac diligentia per quam difficili à creditore adhibenda, nihil prorſus mouet, cum creditor ſibi conſulere facile potuiſſet, non aliter pecuniam mutuando, quam ſi Prælati & Capituli conſenſus acceſſiſſet.

CAPVT LXXVIII.

Controuerſiæ duæ ad interpretationem l. Principalibus, ff. ſi certum petatur, & l. ſeq.

P*Rincipalibus Conſtitutionibus cauetur, ne ij, prouinciam regunt, quive circa eos ſunt, negotientur, pecuniam dent, fœnuſq; exerceant.*] Verba ſunt Modeſtini in l. 33. ff. ſi certum petatur. Sed & Paulus in l. ſeq. ſic ait: [*Præſidis prouinciæ officiales, quia perpetui ſunt, mutuam pecuniam dare & fænebrem exercere poſſunt. Præſes prouinciæ mutuam pecuniam fænebrem ſumere non prohibetur.*] Quatuor ſunt Controuerſiæ ad harum legum interpretationem.

Prima, vtrum perpetui Rectores hac prohibitione contineantur.

Secunda, quid ſtatuendum ſit Rectoribus Ciuitatum vel prouinciarum, ex quibus ſunt oriundi.

Tertia, quid ſi palam & bona fide contractus exerceant prohibitos.

Quarta, quid ſi ſtatim officio finito contrahant.

Priores duas tractabimus hoc in loco, ſequentes vero in ſequenti capite.

Quod igitur ad primam attinet, duplex eſt Doctorum ſententia. Altera huiuſmodi perpetuos adminiſtratores, & Rectores ea prohibitione non contineri. Ita docuerunt in Commentarijs harum legum Bart. Alexand. Corne. Iaſon & Zaſius. Quorum fundamentum eſt in d. l. Pauli, cuius verba ſuperius annotata ſunt. Nam cum Paulus reſpondeat officiales Præſidis, quia ſunt perpetui, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere poſſe, idem & in Rectoribus perpetuis reſpondendum eſſe videtur. Nam tales Rectores eligi ſolent homines ſpectatæ probitatis, & fidei, quibus ſi negotiatio interdicta ſit, non modicum præiudicium & incommodum inferri videtur.

Altera eſt ſententia, & huiuſmodi Rectores hac prohibitione contineri, ita docuerunt Decius & Salicet. *hoc in loco.* autoritate Modeſtini, generaliter pronunciantis eos, qui prouincias regunt, negotiari non poſſe. Cuius rei ea eſt ratio, quod vel Reipubl. vacare debent, vel ex eorum contractibus & negotiationibus multa mala ſequi poſſunt, timorque impreſſionis non deeſt, ſicuti eleganter explicat Alciat. *hoc in loco.* Quæ quidem ratio maxime locum habere videtur in perpetuis Rectoribus. Alia ratio eſt officialium Præſidis & Miniſtrorum ſeruientium. Nam & ipſis Reipub. cura non incumbit, & ceſſat in eis impreſſionis timor. Atque hanc poſteriorem ſententiam veriorem eſſe iudico, neque enim decet, imo multas ob cauſas vtilitati publicæ repugnat, tales Rectores & adminiſtratores mercimonia, & negotiationes exercere inter ſubditos Iuriſdictioni, vt non dubitem ita Modeſtinum reſponſurum fuiſſe, ſi de talibus perpetuis Rectoribus fuiſſet interrogatus. Et cum lex non vetet eos neceſſaria emere ac vendere, ſed negotiationibus duntaxat interdicat, non animaduerto, quam ob cauſſam ex ea re damnum pati videantur.

Sed verius eſt eos lucra amittere illicita. Quod vero dicitur eos, qui præficiuntur Reip. adminiſtrandæ, ſpectatę fidei ac probitatis eſſe cenſendos, eouſq; non inficiabimur, quouſque animum & mentem eorum ad lucra procliuiorem eſſe non videbimus. Videbimus autem ex negotiandi & fœnerandi cupiditate.

Quod attinet ad ſecundam, triplex eſt ſententia Doctorum. Altera, non contineri tales adminiſtratores tali legum prohibitione. Ita in Commentariis huius loci Bart. Caſtr. Alex. Iaſ. Soc. Alc. & Zaſius, dicitq; Corn. hanc ſententiam conſuetudine receptam eſſe.

Fundamentum eſt in d. l. Pauli Iuriſconſulti, quæ negotiationem officialibus Præſidis permittit, qui plerumque in eo

loco

loco ſunt officiales perpetui, vnde ſunt oriundi. Nam & talibus magis fauendum eſſe videtur, quam externis & peregrinis hominibus. Quapropter etiam conſtitutum eſt, vt & in ea prouincia matrimonium contrahere poſſint, *l. eos, ff. de ritu nup.* quanquam alijs id prohibitum ſit, *l. ſi quis officium, ff. eod. tit.*

Altera eſt ſententia, & iſtos Rectores contineri hac prohibitione legis, *ita Angel. & Dec. in d. l. Principalibus, necnon Bal. ad l. quisquis.* Quorum illud eſt fundamētum, quod & hæc lex, & ſimiles generaliter loquantur, *vt in l. Qui officij, & in l. non licet, ff. de cōtrahen. empt.* & ratio ipſarum legum locum habeat etiam in huiuſmodi Rectoribus, qui in Patria regunt, & adminiſtrant.

Tertia eſt ſententia Ludouici Romani, quem refert & ſequitur Franciſcus Aretinus, necnon Paris de Puteo, *in tractatu Syndicatus, in verbo, Contrahere, colum. 2.* aut officium, ſeu adminiſtratio iuriſdictionem habent annexam, aut non habent: Priore caſu locus eſt priori ſententiæ, poſteriore vero poſteriori.

Ego, quamquam à communiori ſententia haud temere recedendum exiſtimē, magis tamen probo negantem ſententiā. Eam enim video magis legibus noſtris conſentaneam, vt ceſſet omnis impreſſionis timor, & ab eis ſubditi paterne regantur, nō autem ſpolientur bonis, vti facile ſpoliari poſſunt, ex negotiationibus Rectorum. Neque illis graue id videri debet, quibus eſt permiſſa omnis negotiatio cum aduenis & peregrinis, & rerum etiam neceſſariarum cum ſubditis.

Ad argumentum ab officialibus deſumptum, iam reſponſio allata eſt ſuperius. Et quod de matrimonio obijcitur, ſua peculiari ratione nititur, quod ſcilicet, æquitas non patitur, vt quis ad matrimonium contrahendum, cum fœminis peregrinis & ignotis cogatur. Cogeretur autem, ſi in Patria vxorem ducere Rectores & Adminiſtratores huiuſmodi prohiberentur.

CAPVT LXXIX.

Aliæ duæ Controuerſiæ ad eaſdem leges pertinentes.

CÆterum palam & bona fide eos negotiari poſſe Autores ſunt Accurſ. *in l. ſi in empt. §. vlt. ff. de contrah. empt.* Andr. de Iſern. *in c. 1. §. vlt. de feudo Guardiæ.* Ang. & Dec. *in d. l. principalibus, num. 9. ff. ſi cert. pet.*

Fundamentum eſt in ijs legibus, quibus cauetur tutorem palam, & bona fide contrahere poſſe cum pupillo, licet alias prohibeatur, *l. non exiſtimo, ff. de admin. tut. l. pupil. §. ſane, ff. de autor. tutor.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Iaſ. Alciat. Alexan. & Zaſius, quibus & ipſe aſſentior, *in d. l. Principalibus.* Probatur hæc ſententia ex l. 1. C. de contractibus Iudicum, vbi Imperator prohibet ſimiles contractus fieri à Rectoribus Ciuitatum & Iudicibus, præterquam pro neceſſitate victus, in hæc verba: [*Prouincias vero moderantibus non ſolum donationes, ſed etiam emptiones quarumcunq; mobilium, vel immobilium rerum, præter eas, quæ ad alimoniam, vel veſtes pertinent, & ædificationes, licet ſacri apices aliquid eorum permiſerint, penitus interdicimus, &c.*] Quibus verbis patet, vſque adeo generaliter huiuſmodi perſonis tales contractus eſſe prohibitos, vt nec illis ſint permiſſi, licet Principis Reſcriptum habuerint. Quæ igitur ratio eſt id eis concedere, ſi palam & bona fide contrahant? quam facile Imperatoris Conſtitutio eluderetur? Alia eſt ratio tutoris, qui ſi palam & bona fide autore contutore contrahat, ſicuti loquuntur leges, manifeſtum facit, ſe non latenter ſua commoda procurare, ſed vt quemlibet extraneum agere, atque contrahere.

Quod attinet ad poſtremam Controuerſiam, ſunt qui exiſtiment Rectorem nō ſtatim finito officio, & adminiſtratione contrahere poſſe: *ita Lud. Roman. & Decius in l. Principalibus. Bald. ad l. ſolent. §. vlt. ff. de offic. Proconſul.*

Fundamentum eſt, quia officio finito ſubijcitur Syndicatui, vt vocant, quam obrem officij reliquiæ quædam ſupereſſe videntur,

dentur, & quod caput eſt, in fraudem legis contrahere videtur, ſi incontinenti depoſito officio contrahat, & quæ incontinenti fiunt, videntur ineſſe.

Sed contraria ſententia longè mihi probabilior videtur, quam amplexus eſt Iaſon *in d. l. Principalibus, num. 4.* Nam & hoc in caſu ceſſant verba legis, & ceſſat ratio prohibitionis legis, lex enim de Rectore loquitur, & moderatore prouinciæ, hic verò non eſt Rector amplius, quia officio defunctus eſt. Quorſum igitur ea interpretatio tendere poteſt, niſi vt nouam legem condat? qua qui Rectores fuerunt, nec ſunt amplius, contrahere prohibeantur. Aut quid ſibi vult, quod dicitur reliquias priſtinæ dignitatis durare, niſi hoc ſignificet vt honor exhibeatur, Magiſtratu defuncto, non vt ei negotiatio interdicatur, cum in ipſo ceſſet omnis impreſſionis timor, & omnis cauſa prohibitionis?

Denique nihil prorſus mouet, quod vel de fraude dicitur, quia fraus non præſumitur, ſed probari debet, & quod ſubiungitur ex regulis brocardicis, quæ varias ſuſcipiunt interpretationes, & ad hanc ſpeciem ideò accommodari non poſſunt, quoniam cùm quis deſinit eſſe in Magiſtratu efficitur priuatus homo, aliorum iuriſdictioni ſubiectus, qui propterea aliorum priuatorum iuribus ac legibus cenſeri debet.

Capvt LXXX.

Vtrum Rectoribus prouinciarum aliquid donari poſſit remunerationis cauſa, ad interpretationem l. vlt. C. ad leg. Iul. repetund.

Rectoribus prouinciarum donari poſſe remunerandi gratia cenſuerunt Bart. *ad leg. Aquil. ff. de donat.* Alexan. Iaſ. & Zaſ. *in l. Principalibus, ff. ſi cer. pet. autoritate d. l. Aquilius.* Sed contrarium docuit Alc. *ad d. l. Principalibus.* quia l. Aquil. non de donatione facta Rectori accipienda eſt, ſed Rhetori, hoc eſt, præceptori Rhethoricæ, & lex generaliter prohibet huiuſmodi donationes, *l. vlt. C. ad leg. Iul. repetundarum.*

Ego verò vtor hac diſtinctione, vt donario permiſſa eſſe intelligatur, ſi propter beneficium præſtitum ante adminiſtrationem conferatur; Secùs autem, ſi pro aliquo præſtito beneficio tempore adminiſtrationis.

Hanc diſtinctionem confirmo ex d. l. vltim. C. ad l. Iul. repe. in illis verbis: [*Et ob hoc exceptis ſalarijs, nihil penitus tam in adminiſtratione poſitus, quàm poſt depoſitum officium ab aliquo præſtito beneficio tempore adminiſtrationis, quàm gratuito meruerint, accepturos, &c.*]

Confirmo denique hac ratione, quia tales donationes prohibentur, ne Magiſtratus corrumpantur, iuxta illud: Munera obcæcant oculos ſapientum. Hęc ratio locum non habet, vbi extra cauſam adminiſtrationis, donatio confertur ab eo, qui beneficium accepit à Rectore & Magiſtratu ante prouinciam demandatam.

Capvt LXXXI.

De exceptione non numeratæ pecuniæ Controuerſiæ octo. Quarum prima hoc cap. tractatur. Vtrum poſt biennij lapſum competat Iure Ciuili inſpecto.

Hoc, & ſequentibus aliquot capitibus præcipuas quaſdam cõtrouerſias ſubijciemus, de exceptione non numeratæ pecuniæ, quarum prima eſt; Vtrùm ſecundùm Ius Ciuile poſt biennij lapſum opponi poſſit?

Et quidem opponi poſſe, ea tamen lege vt opponens probare debeat, pecuniam numeratam non fuiſſe, autores ſunt, Accurſ. *in l. in contractibus, C. de non numerata pecunia.* Angel. Salic. & Bart. *in l. ſi. ex cautione, C. eodem tit. Caſtr. in conſ. 233 num. 3. lib. 2. Ang. Aret. in §. idem iuris, numer. 4. in Inſtit. de except. Alex. in conſil. 158. col. penult. lib. 2. Soc. ad l. 2. §. vlt. num. 3. ff. de empt. Iaſon ad l. 3. §. iurari, num. 8. & ad l. Manifeſtè, num. 6. ff. de iureiur. Dec. ad l. iuri naturæ, num. 5. de reg. iur. Ant. Gomeſ. var. reſol. de contract. c. 6. num. 7. & ibi Soarez in addit. Eguinarius Baro. in Inſtit. de liter. oblig. Petr. Nicol. Mozzius de Contract. tit. de Mutuo, numer. 9.*

Argumenta præcipua ſunt duo. Primum eſt, quia is, qui pecuniam non numerauit videtur dolo facere eam exigendo, & conſequenter exceptione doli repelli poſſe videtur. Exceptio autem doli, eſt perpetua, *l. purè. §. vltim. ff. de doli mali & metus exceptione.*

Alterum argumentum ſumitur ex l. qui pecuniam, ff. ſi certum petat. vbi Iuriſconſultus. [*Qui pecuniam*, inquit, *creditam accepturus ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat, & cætera.*] Si ergo creditor pecuniam non accepit, non eſt obſtrictus vllo tempore, conſequenter omni tempore, & ſic etiam poſt biennium excipere poteſt, ſe pecuniam non accepiſſe.

Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, nempe poſt biennium ceſſare huiuſmodi exceptionem. Huius ſententiæ autores ſunt, Alberic. *ad d. l. ſi ex cautione, numer. 2. C. de non numer. pecun.* Felin. *in c. ſi cautio, numer. 60. & ibidem Imola, numer. 24. de fide instrument. Ioan. Faber, in Inſtitut. de literarum oblig. numer. 6. Ludouicus Bulogrenus ad conſilia Ioan. de Anania, conſil. 97. Marſil. Sing. 463. Petr. Duennas de reg. iur. 261. Hippol. Rimin. in conſil. 272. lib. 3.*

Probatur primò hæc ſententia ex l. ſi intra, C. de non num. pec. vbi Imperator: [*Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem expoſuit, nulla querimonia vſus deſunctus eſt, reſiduum tempus eius heres habebit, tam aduerſus creditorem, quàm aduerſus eius heredem, & cætera.* Et paulò poſt: *Sin verò legitimum tempus exceſſit in querimoniam creditore minimè deducto, omnimodò heres eius, etiamſi pupillus ſit, debitum ſoluere compellitur.*] Conſtat autem legitimum tempus eſſe biennium, vt paulò poſt probabitur.

Secundò probatur ex l. aſſeueratio, C. eodem tit. in illis verbis: [*Exceptio non numeratæ pecuniæ, certa die non delata prius querela, euaneſcat.*]

Tertiò ex l. in contractib. eod. tit. vbi Imperator: [*In contractibus, in quibus pecunia, vel aliæ res numeratæ, vel datæ eſſe conſcribuntur, non intra quinquennium (quod antea conſtitutum erat) non numeratæ pecuniæ exceptionem obijcere poſſit, qui accepiſſe pecunias, vel alias reſcriptus ſit vel ſucceſſor eius, ſed intra ſolum biennium continuum, vt eo lapſo, nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci poſſit.*]

Si nullo modo pecuniæ non numeratæ querela introduci poteſt. Ergo nec introduci poterit eam ob cauſam, quòd quis dicat ſe probare velle numerationem factam non eſſe, & aduerſarium dolo facere, quod exigat.

Quartò probatur ex §. 1. Inſtitut. de literarum obligationibus, his verbis:] *Planè ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt, de pecunia minimè numerata, poſt multum temporis, exceptionem opponere non poteſt.* Et paulò poſt: *Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex Principalibus Conſtitutionibus vſque ad quinquennium procedebat, ſed ne creditores diutius poſſint ſuis pecunijs forſitan defraudari per Conſtitutionem noſtram tempus coarctatum eſt, vt vltra biennij metas huiuſmodi exceptio minimè extendatur.*]

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ ita reſpondeo. Doli exceptionem perpetuam eſſe, ſed hoc in caſu non eſſe perpetuam, quia nihil aliud continet effectu, quàm pecuniam numeratam non fuiſſe, quæ quidem pecuniæ non numeratæ exceptio, cùm poſt biennium opponi non poſſit, nec doli mali exceptio ad eundem finem reſpiciens, opponi poterit. Quare text. *in d. l. ſi ex cautione.* eodem iure cenſere videtur, tam exceptionem doli hoc in caſu, quàm exceptionem non numeratæ pecuniæ, vt patet ex illis verbis: [*Oppoſita, ſiue doli ſeu nō numeratæ pecuniæ, &c.*]

Ad ſecundum argumentum, ex l. qui pecuniam, reſpondeo, in poteſtate debitoris, eſſe, ne ſe obſtringat creditori futuro, ſi pecuniam non accipiat, & nullam chirographum confeſſionis de recepta pecunia conſcribat. Nam ſi chirographo ſe obliget, nec intra annum querelam non numeratæ pecuniæ obijciat, nullo modo poſt illud tempus elapſum eam obijcere poterit, vt patet ex legibus ſupra allegatis, quibus non repugnat Iuriſconſultus *in d. l. qui pecuniam.* Imò nullum verbum facit de tali exceptione non numeratæ pecuniæ.

CAPVT

Caput LXXXII.

Vtrum Iure Canonico inſpecto, poſt biennij lapſum opponi poßit exceptio non numeratæ pecuniæ.

CÆterùm ex æquitate Iuris Canonici etiam poſt biennium elapſum opponi poſſe exceptionem non numeratæ pecuniæ reſponderunt Dynus *in reg. Locupletari, de reg. iur. lib. 6.* Angel. *in conſil. 156. D. Angelina,* Roman. *in conſ. 44. & ibi Maudoſ. in addit.* Marſil. *Sing. 463.* Imol. *in c. fin. num. 32. de ſolut.* Felin. *in c. ſi caut. num. 61. de fide inſtr.* Dec. *ad l. iure naturæ, num. 5. de reg. iur.*

Fundamentum eſt in Regul. Nemo locupletari debet cum aliena iactura, *dicto cap. Locupletari, de regulis iuris, lib. 6.* Item nulla præſcriptio currit cum mala fide, *cap. vltim. de præſcriptionib.* Hic autem mala fides patet creditoris, qui pecuniam non numerauerit.

Sed iſtis aduerſantur, Specul. *titul. de reſtit. in integr. §. 1. num. 25.* Arch. *in c. ſi quis Epiſcoporum, 3. quæſt. 6.* Bald. *ad l. cum quis, numer. 22. C. de iuris & facti ignorantia.* Iaſ. *ibid. numer. 28.* Petr. Duenas, *reg. 261. numer. 12.* Hyppol. Rimin. *in conſil. 272. num. 20. l. 3.*

Fundamentum eſt in eo, quòd nulla ſit conſtituenda differentia, atque inducenda diſſenſio inter ius Canonicum & Ciuile, niſi quatenus iuris Canonibus expreſſum ſit, argumento eorum, quæ habentur in capit. 1. & 2. de oper. noui nunciat. Cùm ergo iure Ciuili verius ſit, exceptionem iſtam opponi non poſſe poſt biennium, vt in ſuperiori capite demonſtratum eſt, idem quoque iure Canonico ſtatuendum eſſe videtur, cùm nullibi contrarium conſtitutum ſit.

Ego poſteriori ſententiæ accedo, ſi mala fides abſit. Nam ſi creditoris mala fides appareat, exploratum habeo, eum præſcriptione biennali iuuari non poſſe, ex generali & expreſſa iuris Canonici conſtitutione, quæ omni prorſus derogat præſcriptioni, ſi mala fides ſubſit.

Quòd verò dicitur, neminem locupletari debere cum aliena iactura, parum valet in materia præſcriptionis temporis à lege conſtituti. Nam cùm iuſtas ob cauſſas ad Republic. vtilitatem pertinentes, certum tempus ad aliquid agendum lex præfigit, eo elapſo beneficium legis ceſſat in ſuperius habita iuris regula: Nemo locupletari debet cum aliena iactura, &c.

Caput LXXXIII.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat, vbi quis ante chyrographum confeſſionis ſe pecuniam accepiſſe profitetur.

SI hodie Titius chyrographo profiteatur ſe mutuo ante annum accepiſſe à Titio certam pecuniæ quantitatem, vtrum locus ſit exceptioni non numeratæ pecuniæ intra biennium, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim locum non eſſe exiſtimauit Gloſſ. *in l. in contract. in verbo, Alias res ibi. Item hoc intellige, C. de non num. pecun.* Alb. *in l. Generaliter, C. eod. tit.* Soc. ſen. *ad l. 2. §. appellata, ff. ſi cert. pet.*

Cæterùm affirmant competere Cynus *in d. l. generaliter,* Rom. & Dec. *in d. §. appellata.* Aret. *in §. idem iuris, numer. 23. Inſtit. de exceptionib.* Ant. Gomeſ. *variar. reſolut. iuris, tit. de contractu mutui, cap. 6. num. 4.*

Prioris ſententiæ argumenta ſunt hæc. Primum ex l. aduerſus, C. de non nu. pec. vbi Imperator: [*Ignorare non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locum habere, vbi quaſi credita pecunia petitur. Cùm autem ex præcedenti cauſa debiti in chyrographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cùm cauebatur, numerata ſit, ſed an iuſta cauſa debiti præceſſerit.*]

Secundum eſt ex l. generaliter, C. eodem tit. [*Generaliter ſancimus,* ait text. *vt ſi quid ſcriptis cautum fuerit, pro quibuſcunque pecunijs ex antecedente cauſa deſcendentibus, eamque cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit, non tam ei licentia ſit, cauſſæ probatione ſtipulatorem exigere, cùm ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat.*]

Tertium argumentum eſt huiuſmodi. Exceptio non numeratæ pecuniæ ideò debitori competit, quia præſumitur, ſub ſpe numerationis futuræ confeſſus ſe accepiſ-

ſe. Sed hoc in caſu non habet locum hæc præſumptio, quia debitor fatetur ſe iam antea pecuniam accepiſſe. Ergo hoc in caſu exceptio ceſſat.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia leges generaliter concedunt exceptionem iſtam non numeratæ pecuniæ intra biennium, nec diſtinguunt, quomodo quis confiteatur ſe pecuniam accepiſſe.

Item, quia nulla adferri poteſt differentiæ ratio, ſiue quis ſimpliciter in chirographo fateatur ſe accepiſſe pecuniam, ſiue confiteatur ſe accepiſſe, longè ante chirographum. Imò confeſſio ſimpliciter facta refertur ad tempus præteritum, ſcilicet, ante confeſſionem elapſum.

Huc accedat, quod eadem facilitate, quam quis confitetur ſe ſimpliciter accepiſſe, quod non accepit, confitebitur etiam ſe accepiſſe longè ante chirographum. Ideò vtroque caſu videtur dicendum, exceptionem competere, adiuuarique poteſt hoc argumentum ex eo, quod reſpondit Bart. *ad l. ſi ex cautione, num. 2. C. de non num. pecun.* Quem ſequitur Felin. *in cap. ſi cautio, num. 51. de fide inſtrum.* & Iaſon *in l. qui pecuniam, num. 1. ff. ſi certum pet.* Reſpondit Bartolus competere iſtam exceptionem, licèt in chirographo quis dixerit, ſe pecuniam accepiſſe, & chirographum tale conſcripſiſſe, non ſub ſpe futuræ numerationis, quia eadem facilitate inductus eſſe videtur, ad illa verba adijcienda.

Quibus rationibus adductus, huic poſteriori ſententiæ magis accedo: Cui ſanè non obſtant argumenta prioris ac diuerſæ ſententiæ. Etenim, leges allegatæ in primo & ſecundo argumento, loquuntur de alia ſpecie longè diuerſa & abſimili, nempè cùm quis confitetur ſe debitorem eſſe alterius ex alia cauſa præcedente, vtpurà, ſi quis in chirographo fateatur, ſe Titio debere centum, quæ ante annum, nomine depoſiti accepit, vel quæ ante annum ex cauſa emptionis præſtare tenebatur. Hoc in caſu non inquiritur, an pecunia numerata ſit, ſed an cauſſa verè præceſſerit, necne, & confeſſioni ſtatur, donec contrarium doceatur. Hæc eſt ſententia dictarum legum.

Ad tertium argumentum reſpondeo, etiam hoc in caſu debitorem ita confiteri, ſpe futuræ numerationis. Quid enim refert, vtrum quis fateatur ſe accepiſſe pecuniam, vel ante annum accepiſſe? Vtroque caſu tempus præteritum deſignat. Neque verò lex impoſita eſt verbis, ſed rebus, *l. 1. C. commu. de leg.*

CAPVT LXXXIV.

Si lege municipali cautum ſit, certas duntaxat exceptiones contra inſtrumentum opponi poſſe, vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ opponi poſſit?

LEGIBVS Municipalibus, quæ Statuta Ciuitatum vulgò appellamus, plerunque ita conſtitutum eſt, vt aduerſus inſtrumenta publica, certæ quędam duntaxat exceptiones opponi poſſint, vtpurà, ſolutionis, compenſationis, rei iudicatæ, & ſimiles. Quamobrem, controuerti ſolet, an exceptio non numeratæ pecuniæ, videatur excluſa. Et videri reſpondit Baldus *in l. pecuniæ, C. de ſolut. numer. 4. & in l. 3. C. de poſtulando, in vltim. colum.* cuius fundamentum eſt in ipſis verbis Statuti, quod dum certas quaſdam exceptiones reſeruat, cæteras omnes excludere videtur, *l. cùm Prætor. ff. de Iudicijs.*

Cæterùm non videri, reſponderunt Cyn. *ad l. in contract. C. de non num. pecun.* Iaſ. *ad l. Qui pecuniam, num. 7. ff. ſi certum petatur.* Felin. *in c. ſi cautio, num. 47. de fide inſtrum.* Ant. Gomeſ. *variar. reſol. tit. de contract. c. 6. num. 3. & ibi Soarez in addit.*

Et iſtis ego aſſentior. Nam eiuſmodi exceptio non numeratæ pecuniæ, ineſt ipſi obligationi & confeſſioni, quia lex præſumit confeſſionem factam ſpe futurę numerationis, & intra biennium exceptionem concedit, quare nunquam à lege Municipali talis exceptio cenſeri debet excluſa: quemadmodum, nec ſi quis Iureiurando fateatur ſe accepiſſe, impeditur quò minus exci-

excipere poſſit, *l. vltim. C. de non numer. pecun.* neque enim conſentire videtur obligatiom̃, qui confitetur ſe accepiſſe, niſi pecunia numeretur, conſequenter iniuſtum eſſet Ciuitatis Statutum, quo ea exceptio reijceretur: Non eſt autem ea interpretatio accipienda, qua quiſpiam iniuſte opprimatur, qua lex iniquitatis arguatur, & mereatur à ſapientibus reprehendi, *vide Menoch. de Arbitrar. Iud. Caſu* 199. Ex quibus confutatur argumentum contrariæ opinionis.

CAPVT LXXXV.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui teſtibus præſentibus ſe confeſſus eſt accepiſſe pecuniam, quo ſe chirographo obliganti & confitenti concedi ſolet.

VAria ſunt Doctorum placita de quæſtione huius capitis. Etenim, Accurſ. *in l. fin. & ſinguli. C. ſi certum petatur.* in eam ſententiam procliuior eſſe videtur, etiam vltra biennium non numeratæ pecuniæ exceptionem competere, vbi chirographum debitoris non apparet.

Bartolus autem *ad l. ſi ex cautione. C. de non numerata pecun.* docet competere huiuſmodi exceptionem, ſiue chirographum extet, ſiue non extet, reprobata Accurſij ſententia, & ſicut ego interpretor intra biennium competere, non autem poſt biennium.

Angel. Aret. *in §. Idem Iuris, num. 22. Inſt. de Exceptionibus.* refert aliorum ſententiam, & Accurſium ſequi videtur.

Alciatus denique *ad l. qui pecuniam, circa finem.* teſtatur communem eſſe ſententiam Doctorum, quam & ipſe amplectitur, non numeratæ pecuniæ exceptionem competere, ſiue chirographo contineatur debitoris confeſſio, ſiue teſtibus duntaxat probetur, ita tamen, vt poſt biennium debitori onus probandi incumbat, pecuniam numeratam non fuiſſe. Quæ ſententia mihi quoque magis probatur.

Continet autem duo membra: Primum, Eo caſu quo chirographum non extat, exceptionem competere, nedum intra biennium, ſed etiam poſt biennium. Alterum. Poſt biennium, ſi opponatur onus probandi negationem, hoc eſt, pecuniam numeratam non fuiſſe, debitori incumbere.

Vtrumque ſic probatur: Primum quidem: Nam leges concludentes hanc exceptionem ſpacio biennali, de literarum obligatione loquuntur, *vt patet in Inſt. de literarum obligatione, & alibi.* Hæc autem non eſt literarum obligatio, vt patet. Ego biennali tempore non eſt concludenda, ſed potius moderanda eſt ſecundum alias Iuris regulas, quæ de confeſſione facta pręter cauſam literarum obligationis loquuntur, inter quas illa eſt præcipua, vt quandocunque liceat de errore docere confeſſionis factæ, *l. generaliter. C. de non numer. pecun. l. error. C. de Iuris & facti ignorantia.*

Alterum vero membrum ſic probatur: Nam qui allegat confeſſionis ſuæ errorem, eum probare debet, cum ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat, *vt in d. l. generaliter, & declarat optime Iaſon, in d. l. error. C. de Iuris & facti ignora. & ex communi ſententia Anto. Gabr. Commun. concl. tit. de Confeſſ. concl. 5.*

CAPVT LXXXVI.

Vtrum inter mercatores locus ſit exceptioni non numeratæ pecuniæ, & vtrum, ſi iuramentum obligationi acceſſerit, neceſſaria ſit abſolutio, vt ea exceptio opponi poßit.

CVm inter Mercatores ſumma vigeat æquitas, Iuris autem apices, & ſubtilitates locum non habeant, merito diſputari poteſt, nec locum habere non numeratæ pecuniæ exceptionem, *ex traditis per Bald. in l. Fruſtra. C. de non numer. pecun. Iaſon in l. Singularia, & in l. qui pecuniam. ff. ſi certum petatur, & in l. cum quis, num. 17. C. de Iuris & facti igno. & per Gloſſ. in §. Argentariorum, in Authen. de Fideiuſſor.*

Sed iſtis non obſtantibus, contraria ſententia mihi magis probatur, quam defendit eleganter Bennenutus Stracha, *de*

 Mer-

Mercatura, tit. Quomodo in cauſis Mercatorū procedendum ſit, nu. 9. Autoritate legum generaliter loquentium, nec mercatorum cauſſas, excipientium: Et ego confirmo eo argumento: quod hæc literarum obligatio, ex mercatoribus originem traxit, *ſicuti eleganter explicat Alciatus in l. qui pecuniam, n. 8 ff ſi certum petatur.* Quamobrem & cōſequens eſt, non numeratæ pecuniæ exceptione, ex eodem fonte ortam cenſeri: neque vero ab æquitatis ratione aliena eſt hæc exceptio, cum æquitas id poſtulet, vt quod quis non numerauit, exigere non audeat, licet ſyngrapham debitoris acceperit.

Sed ſi iuramentum acceſſerit, promiſſioni debitoris & obligationi, nonnulla eſt controuerſia, vtrum abſolutio neceſſaria ſit, vt exceptio iſta poſſit opponi. Etenim Bald. cenſuit non eſſe neceſſariam, *in l vlt. C. de non numerata pec.* quem *ſecutus eſt Corn. in conſil. 11. col. 7. lib. 3.*

Sed contrariū docet nouiſſime Seraph. Senenſ. *de priuilegiis iuramenti, priuileg. 60. nu. 18.* eiuſdem ſententiæ citans Gratum *reſponſo 30. libr. 1.* autoritate text. *in c. venerabilem. de electione*, in illis verbis: [*Nec valet ad plenam excuſationem ipſius, ſi iuramentum illud dicatur illicitum, cum nihilominus ſuper eo nos prius conſulere debuiſſet, quam contra ipſum propria temeritate venire, &c.*]

Sed certe infirmum eſt hoc argumentum vt videtur, quia S. Pontifex loquitur in dubio, cum ſcilicet, incertum eſt & dubium, vtrum iuramentum ſit licitum, nec ne, non debet enim quiſpiam illud propria autoritate violare, ſed ſummum Pontificem conſulere, quæ res longe eſt abſimilis à ſpecie, de qua agitur. Neque enim dubitari poteſt, quin debitoris iuramentum ſit licitum in hac ſpecie, ſed non proinde ſequitur abſolutionem eſſe neceſſariam, quandoquidem huiuſmodi iuramentum tacite eam conditionem habet, ſi pecunia fuerit numerata: antequam numeretur, exceptioni locus eſt, *vt in l. vltim. C. de non num. pecun.* Quare cum præter conſenſum iurantis iuramentum obligare non poſſit, & hoc in caſu debitoris conſenſus non adſit, niſi pecunia numeretur, ſequitur ante numeratam pecuniam, iuramentum non obligare, & per conſequens, abſolutione opus non eſſe. Quare Baldi & Cornei ſententiam probabiliorem eſſe exiſtimo, contrariamque ſententiam valere iubeo.

Capvt LXXXVII.

Ex chirographo confeſſionis, quænam oriatur obligatio & quando, & vtrum ciuitati perpetuo competat exceptio non numeratæ pecuniæ.

Ex chirographo confeſſionis oriri tantum ciuilem obligationem ſunt qui exiſtiment. Alij ciuilem & naturalem, alij nullam oriri cenſent, vbi ſcilicet, numeratio non intercedit, *Vide Angel. Aret. in §. idem Iuris, num. 10. in Inſtit. de except. & Eguinarium Baronem in Comment. Inſtit. tit. de literarum obligatio.*

Ego puto poſt biennium ciuilem, & naturalem obligationem oriri, non ea ratione, quod ſingrapha debitoris obligationem inducat, ſed quia lex præſumit pecuniam numeratam fuiſſe, cum plerunq; non ſoleant debitores ex ſyngrapha obligati, tam diu, ſi pecuniam vere non acceperint, tacere, & exceptionem non opponere, ſicuti optime deducit Franciſcus Connanus *lib. 1. Comment. iur. Ciu. cap. 6. nu. 11.* & probatur ex verbis Iuſtiniani, *in §. 1. in Inſtit. de literarum oblig.* ibi: [*Sic fit, vt & hodie, dum queri non poteſt, ſcriptura, obligetur, & ex ea naſcatur condictio, &c.*]

Poſtrema controuerſia eſt an Ciuitati perpetuo detur exceptio nō numeratæ pecuniæ. Affirmant Bald. Ludouic. Roman. & recentiores, *ad l. ſi quis bona. ff. de pignor.* eo argumēto adducti, quod Ciuitas ex mutuo non obligetur, niſi probetur, pecuniā mutuatam in eius vtilitatem fuiſſe cōuerſam, vt in l. ciuitas. ff. ſi certum peta.

Sed negat Ripa, in d. l. ſi is qui bona, n. 10. [*Quia diuerſa eſt*, inquit, *exceptio non verſionis, ab exceptione non numeratæ pecuniæ. Altera enim contractus nullitatē reſpicit, altera vero validitatem præſupponit: & exceptio illa non verſionis præſupponit numerationem factam.*] Sic ille. Sed quan-

quandoque bonus dormitat Homerus, nõ aduertit Ripa, exceptionem non numeratæ pecuniæ continere exceptionem verſionis non factæ, & in eo fundamentum communis ſententiæ poſitum eſſe.

Declaro: Ciuitas ex mutuo non obligatur, niſi verſio probetur in eius vtilitatem facta. Hoc vt probetur, duo requiruntur: Primum, pecuniam fuiſſe vere numeratam: deinde, inſumptam fuiſſe in vſus Ciuitatis. Quare ſi perpetuo tueri ſe Ciuitas poteſt, exceptione verſionis non factæ, multo magis defendere ſe poterit, non numeratæ pecuniæ exceptione. Vbi enim numeratio facta non eſt, nec verſio probari poteſt. Quod ſi creditor probata numeratione verſionem quoque probare debet, exceptione ſcilicet oppoſita, multo magis probare tenebitur numerationem factam, eadem Ciuitate excipiente numeratam nõ fuiſſe. Eandem ſententiam nouiſſime ſecutus eſt Petrus Nicolaus Mozzius, *tractat de Contract. titu. de Mutuo. §. Venio ad primam columnam, poſt num. 18.*

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum ſi debitori dilationem ad ſoluendum datam creditor prorogauerit, ignorante fideiuſſore, liberetur fideiuſſor.

MAgna eſt Doctorum diſſenſio, vtrũ fideiuſſor liberetur, ſi creditor debitori tempus ad ſoluendum datum prorogauerit ignorante fideiuſſore. Etenim liberari affirmant Specul. *in titu. de fideiuſſor. §. 1. verſic. Illud autem quæritur, & ibi* Ioan. Andr. Anto. Butr. *in c. Conſtitutus, de fideiuſſ. & in c. 1. de officio delegati.* Felin. *in c. de cauſis, col. 3. eod. tit.* Natta *in conſ. 202. nu. 6.* Papienſis *in forma libelli, contra plures reos debendi, §. Solutionem facere recuſauerunt, in fine.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. *Item quæritur. §. qui impleto. ff. locati.* vbi iuriſconſultus: [*Qui impleto tẽpore conductionis remanſit in conductione, non ſolum reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignorum videtur durare obligatio: Sed hoc ita verum eſt, ſi non alius pro eo in priore cõductione res obligauerat, eius enim nouus conſenſus erit neceſſarius.*]

Secundum eſt ex l. ſi cum Hermes. C. eo. tit. [*Si cum Hermes*, inquit, *vectigal. O lauorũ in quinquenniũ continuum cõduceret, fidem tuam obligaſti, poſteaq; ſpacio eius temporis expleto, cum idẽ Hermes in conductione, vt idoneus detineretur, non conſenſiſti, ſed cautionem tibi reddi poſtulaſti, non oportere te de poſterioris temporis periculo adſtringi, competens iudex non ignorabit.*]

Sed contrariam ſententiam habuerunt Ancharanus & Imola *in d. c. conſtitutus.* Bald. Angel. & Alexan. *in l. ſi vnus. §. ſi cum reo ff. de pact.* Iaſ. *ad l. 1. n. 18. C. de iudicijs,* Ant. Gomeſ. *Variar. reſol. lib. 2. c. 13. nu. 19. verſi. ſexto & vlt.* Quanquam ſupradicti diſtinguere videantur: Vtrum debitor vſque ad certum tempus fuerit obligatus & ei fideiuſſor acceſſerit: An vero obligatus fuerit ſimpliciter, vt priore caſu fideiuſſor liberetur, tempore prorogato debitori: poſteriore non liberetur, quemadmodum diſtinguunt etiam idem Iaſ. *in l. lecta, nu. 9. ff. ſi certum peta. & ibid.* Decius, *nu. 13.* Alciat. *nu. 52.* Cagnol. *num. 99* Couar. *alios citan. ad Rubr. de pactis, in princip. n. 6. verſi. Quarto apparet fideiuſſorem: & nouiſſime, alios quamplures commemorans Anto. Teſſaurus, deciſ. Pedemont. 125.* & hæc ſententia videtur mihi veriſſima, licet Iacob. de S. Georgio, alia vtatur diſtinctione, ad cuius argumentum poſtea reſpondebitur.

Primum membrũ huius ſentẽtiæ probatur ex duabus legibus, quæ pro priore ſententia allatæ ſunt. Quibus accedant l. Lucius. §. Paulus. ff. de adminiſtr. tutor. & l. Labeo. §. ſi per fideiuſſorem. ff. de Arbitris.

Poſterius autem membrũ probatur multis argumentis, quibus Iaſon vtitur, *in d. l. 1. n. 18. C. de iudicijs.* Sed illud potiſſimum me mouet, quod cum debitor certo tempore ad ſoluendum obſtrictus eſt, etiam lapſo illo tempore tenetur, etſi non ſoluat, dicitur eſſe in mora, nec fideiuſſor liberatur: Si ergo tempus ei prorogetur, hoc tantũ efficitur ea prorogatione, vt in mora eſſe non dicatur, nec ipſe, nec fideiuſſor eius, & ad hoc tendit ipſa prorogatio, quæ proinde nec nocere creditori debet, nec ad aliũ finem trahi, præſertim, cum hodierno iure,

nouæ-

nouatio, minime inducatur ex temporis prorogatione, vel aliter niſi expreſſe dicatur, *l. vl. C. de nouationibus. Et declarant optime Caſtr. ad l. penult. ff. de pretoriis ſtipulat. & Iaſ. ad l. 1. §. Et poſt operis, num. 97. de operis noui nunciatione.*

Cæterum Iacob. de S. Georgio, *in loco ſuperius annotato* vtitur alia diſtinctione: [*Aut enim creditor*, inquit, *ſimpliciter tempus creditori prorogauit, aut noua ſtipulatione intercedente, qua ſcilicet debitor eidem promiſit pecuniam debitã reſtituere tẽpore prorogato. Priore caſu fideiuſſor non liberatur, poſteriore vero liberatur. Ratio eſt: quia nouatione facta, fideiuſſor aut ipſo iure, aut ope exceptionis, liberatur, l. vbicunq. ff. de fideiuſſor. Sed nouatio inducitur ex temporis prorogatione, l. pen. ff. de prætor. ſtipulatio.* Ergo, &c.

Reſpondeo ex lege Iuſtiniani, Nouationem non induci ex temporis prorogatione, quicquid olim conſtitutum eſſet, id patet *ex d. l. vlt. C. de Nouatio.* ibi: [*Vel conditionem ſeu tempus addiderit, vel detraxerit, &c. Ex quo veteris Iuris conditores introducebant nouationes, nihil penitus priorũ cautelæ innouari, &c.*]

Maneat igitur ſententia ſupradicta, quæ veriſſima eſt, & communiter recepta.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum minor læſus in pretio rei venditæ, reſtituendus ſit in integrum, aduerſus venditionem, an vero res vendita retineri poſſit ab emptore, ſi iuſtum pretium ei ſupplere velit.

SI minor læſus fuerit in pretio rei venditæ, controuertitur, an ſit in integrum reſtituendus, reſcindendaque venditio, an vero ſufficiat, ſi emptor iuſtum ei pretium ſuppleat. Et quidem in integrum reſtituendum eſſe, & ſic reſcindendam eſſe vẽditionem, ac rem reſtituendã cenſuerunt Petr. & Cyn. *in l. ſi quidem C. de prædiis minor. Caſtr. ad l. non intereſt, nu. 4. C. de his quæ metus cauſa. Pinell. ad l. 2. in 3. part. c. 1. num. 21. C. de reſcind. vend. Natta in conſ. 548. num. 32. & quidam alij, quos commemorat Octauianus Simoncellus de Decretis, lib. 3. tit. 7. n. 13.*

Argumenta vero ſunt iſta. Primum ex d. l. *ſi quidem. C. de prædijs minor.* in illis verbis: [*Si vero iure interpoſito decreto venditionem vili pretio eius poſſeſſionis, cuius pretiũ ignorabat, fecit iuxta perpetui edicti autoritatem in integrum reſtitutio, cauſa tamen cognita, præbetur.*]

Secundum argumentum eſt *ex l. quod ſi minor. §. reſtitutio. ff. de minoribus*, in illis verbis: [*Itaq. ſi in vendendo fundo circumſcriptus reſtituetur, iubebit Prætor emptorem fundum cum fructibus reddere, & pretium recipere.*]

Tertium eſt *ex l. patri. §. item ex diuerſo ff. eo. tit.* ibi: [*Si minore pretio quam oportuit, vendiderit Adoleſcens, emptor quidem iuberi debebit prædia cum fructibus reſtituere, &c.*]

Sed contrariam ſententiã amplexi fuere gloſſ. Bart. Salic. & Salic. *in d. l. ſi quidem gloſſ. & Alber. in l. patre. §. ſi pecuniam. ff. de minor. Bar. & Iacob. in l. ſi res §. ſi mulier. ff. de iure dotium. Et quamplures alij, quos refert & ſequitur Sfortia Oddus, de reſtitutione in integrum, q. 57. art. 4.*

Argumenta ſunt duo potiſſimum. Primum ex d. l. *ſi res. §. ſi mulier.* in illis verbis: [*Enimuero, ſi in æſtimationis modo circumuẽta eſt, erit arbitrium mariti, vtrum iuſtam æſtimationẽ, an potius ſeruum præſtet, &c.*] Et paulo infra: [*Idemque & in minore circumuenta, Marcellus probat, &c.*]

Secundum argumentum eſt huiuſmodi. Reſtitutio tantum minori præſtat, quantũ ei abſtulit læſio, *l. quod ſi minor. §. Reſtitutio. ff. de minor.* Sed læſio fuit circa pretium. Ergo ſi pretium iuſtum minori refundatur, ſatisfactum eſſe videtur reſtitutioni. Ergo priori ſententiæ magis accedo. quam confirmo ex c. 1. *de in integrum reſtit.* ibi: [*Requiſiuit à nobis tua fraternitas, quid agendum ſit de poſſeſſionibus, Laicis ſub modico cenſu conceſſis. Nouerit itaq; quod ſi Eccleſia læſa eſt, &c.*] Et paulo poſt: [*Et Eccleſia iure Minoris debeat ſemper illæſa conſeruari, quæ in damnum eius data conſtiterit, ad ipſius conuenit ius & proprietatem redire.*]

Non obſtant argumenta contrariæ opinionis. Nam quod attinet ad primum, illud ſpeciale eſt inter virum & vxore, de rebus in dotem datis, *vt patet ex d. l.* neque enim conuenit ita facile inter coniuges reſcindi ea quæ geſta ſunt, ſi modo indemnitati mulieris ſuccurratur.

Cæterum, in alijs leges ſunt apertæ, qui-

quibus conſtitutum eſt, rem venditam reſtituendam eſſe minori, & contractum reſcindendum. Porrò quod text. dicit: [*Idemque in minore circumuenta Marcellus probat.*] de muliere minore circumuenta accipiendum eſt circa dotem.

Ad ſecundum autem argumentum reſpondetur, vt tantum minori reſtituatur, quantum ei abſtulit læſio, fundum eſſe reſtituendum vnà cum fructibus, ſicuti declarant Iuriſconſulti, *in dictis legibus allegatis*, vt patet euidenter: Nam ſi duntaxat iuſtum pretium emptor ſolueret, non ex eo tantum haberet minor, quantum habuiſſet ſi non vendidiſſet, habuiſſet enim rem & fructus, iam verò pretium rei duntaxat conſequitur, & nullos fructus.

Quod ſi contractus reſcindatur, & res minori reſtituatur, tunc in integrum reſtitutus eſſe videretur, & omnis diſputatio auferetur.

Quamobrem, & Iuriſconſultus *in d. §. Reſtitutio.* poſtquam dixit: tantùm reſtitutionem afferre, quantum abſtulit læſio, ſubdit: [*Itaque ſi in vendendo fundo circumſcriptus reſtituetur, iubebit Prætor emptorem fundum cum fructibus reddere, & pretium recipere.*]

CAPVT XC.

Controuerſia aliquot de certi condictione, ad interpretationem l. certi condictio, ff. ſi certum petatur.

RESpondit Vlpianus *in l. certi condictio, ff. ſi cert. pet.* Certi condictionem competere, etiam ex cauſa legati, & ex lege Aquilia, ſed quia legis Aquiliæ actio ita comparata eſt, vt ex rei negatione in duplum ſequatur condemnatio, *l. contra negantem. C. de lege Aquilia*, diſputatio naſcitur, an & certi condictio ex lege Aquilia dupli condemnationem contineat. Et non eſt eadem omnium ſententia. Nam Accurſ. quidem, Bartol. Bald. Caſtr. Alex. Iaſ. Dec. Et Alciat. *in Comment. dictæ legis*, negant, ſed Zaſius *lib. 1. Singular. reſponſ. c. 14.* contrarium docet, non rectè iudicio meo.

Fundamentum communis ſententiæ, negantis ad duplum competere, poſitum eſt in lege, *item veniunt. §. cùm prædiximus. ff. de petitione hæreditatis*, vbi textus dicit: [*In hæreditatis petitione actiones omnes hæreditarias venire, & ideo actionem etiam ex lege Aquilia, non tamen cum ſuo incremento, licèt enim ex inficiatione creſcat, ad ſimplum tamen dabitur.*] ſic Iuriſconſultus. Vnde, ex eo reſponſo colligitur, idem eſſe ſtatuendum in certi condictione, quæ ex lege Aquilia datur, vt ſcilicet, non detur cum ſuo incremento, ſed ad ſimplum tantùm.

Zaſius verò ſic argumentatur, vt inprimis demonſtret, textum *in d. §. cùm prædiximus*, nil probare: Nam cur in petitione hæreditatis, duplum actor conſequi non poſſit, illam eſſe rationem diſputat, quòd ad hæredem nihil aliud tranſeat, niſi ius, quod defunctus habuit. Defunctus autem non habuit ius conſequendi duplum, ſed tantùm ſimplum, quia nondum inſtituta erat actio ex lege Aquilia, ante mortem defuncti. Conſequenter nec inficiatio locum habuerat.

Secundò, adfert text. in d. l. certi condictio. §. cùm prædiximus, ac illud perpendit, quod ſimpliciter Iuriſconſultus tradit ex lege Aquilia, certi condictionem competere, nec ad ſimplum eam reſtringit.

Tertiò, argumentum adfert huiuſmodi; Si quis agat condictione ex lege Aquilia, tolluntur omnes aliæ actiones ex eadem cauſa competentes, *l. duobus. §. exceptio, ff. de iureiurand.* Ergo negante Reo, nunquam actor duplum conſequetur, non enim ex condictione, ſi vera ſit communis ſententia, non etiam ex lege Aquilia, quia actio ex ea competens, ſublata eſt; hoc autem eſt abſurdum. Ergo & abſurdum eſſe videtur, quod communis ſententia docet, nempè, ad duplum certi condictionem ex lege Aquilia non extendi.

Reſpondeo ad primum. Ius dupli conſequendi defuncto competiiſſe, ſi non actu, ſaltem potentia, vt loquuntur Scholaſtici Doctores, nam cùm haberet actionem ex lege Aquilia, conſequens eſt, vt & ius ad duplum conſequendum haberet, ex negatione rei conuenti, & ſic ad hæredem tranſiret, ac in petitione hæreditatis comprehenderetur. Sed quia petitio hæreditatis

hoc reſpectu ſubrogata eſſe videtur loco actionis ex lege Aquilia, Iuriſconſultus reſpondit *in d. §. cùm prædiximus,* ſubrogatam quidem eſſe, ſed tamen, non eum incremento, quod ex inficiatione proficiſcitur, id enim non eſt proprium petitionis hæreditatis.

Ad ſecundum argumentum ita reſpondeo, licèt Iuriſconſultus *in dicta leg. certi condictio,* ſimpliciter affirmet certi condictionem competere etiam ex lege Aquilia, nihil tamen proponitur, cur interpretatione illud ita accipiendum non ſit, quemadmodum in hæreditatis petitione conſtitutum eſt, vt ſcilicet, abſque incremento detur.

Ad tertium reſpondeo, actorem ſibi imputare debere, cur non elegerit actionem ex lege Aquilia potiùs, quàm certi condictionem, quoties enim plures actiones competunt, vnam eligere Actor debet, *l. quod in hærede, §. eligere. ff. de tributoria.* Si non eligat meliorem, ſibi imputet, nec dicat abſurdum eſſe, quòd ab alia excludatur.

Altera eſt controuerſia, Vtrum certi condictio competat ad intereſſe. Affirmant competere Bartol. & gloſſ. *hoc in loco,* Caſtr. *num.* 8. Alex. *num.* 16. Socin. *num.* 25.

Quorum illud eſt fundamentum, quòd certi condictio ex leg. Aquilia competat, & ſic ad damni emendationem, quod nihil aliud eſſe videtur, quàm intereſſe damnum paſſi.

Sed contraria ſententia videtur mihi veriſſima, quam *eodem in loco* ſecuti ſunt Cuma. Fulgoſ. Alber. Iaſ. Dec. Alc. & Zaſ.

Probatur eo argumento, quia ad id, quod intereſt, incerti condictio competit, *vt patet ex l. vltim. ff. ſi quis in ius vocatus, non ierit, & ex l. 3. ibi, incertæ actionis. C. de inutil. ſtipul.* ſi competit incerti condictio, ergo non certi.

Nec obſtat quòd ex lege Aquilia competere dicatur: quia intelligitur, ſi certa quantitas exprimatur. Nam certi condictio competit ex omni cauſa, ex qua certum petitur, certum autem dicitur, quod apparet, quod, quale, & quantum ſit, *l. Certum. ff. eod. tit.* intereſſe autem incertum eſt, vt ex probationibus teſtium, quid, & quantum ſit, declaratur, vt proinde certa quantitas in actione inſtituta comprehendi non poſſit.

Sed nec illa eſt prætermittenda controuerſia, olim agitata inter Citramontanos & Vltramontanos, hoc eſt, inter Doctores Gallos & Italos, vtrum, ſcilicet, pro mutuo competat certi condictio ſpecialis; nam Bart. affirmat, quem cæteri Doctores Citramontani ſequuntur, *in Comment. d. l. certi condictio.* Sed Petr. à Bellapertica & cæteri antiquiores Galli, quibus & Zaſius adſtipulatur, negant.

Ego Italus, Italorum ſententiam probo. Primò ex §. 1. in Inſtitutionib. Quibus modis re contrahitur obligatio. [*Ex eo contractu, inquit, mutui naſcitur actio, quæ vocatur certi condictio.*]

Secundò, ex §. Sequens, in Inſtitut. de actio. ibi: [*Earum verò ac*... *quæ in perſonam ſunt, eæ quidem, quæ ex contractu naſcuntur, ferè omnes rei perſequendæ cauſſa comparatæ videntur, veluti quibus mutuam pecuniam, vel in ſtipulatum pecuniam petit actor, &c.*] Illa verba, *quibus mutuam pecuniam, &c.* indicant plures actiones pro mutuo dari, & ſic non ſolùm generalem, ſed etiam ſpecialem certi condictionem.

Tertiò, ex *l. 1. ff. de condict. tritic.* ibi: [*Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione vtitur, ſi certum petatur.*]

Quartò, mutuum contrahitur iiſdem modis, quibus indebitum, *§. 2. in Inſtit. Quibus modis re contrahitur obligatio. Præclarè Cuiacius lib. 8. Obſeruat. cap.* 34. Sed pro indebito competit ſpecialis actio, ſcilicet, condictio indebiti, Ergo & pro mutuo.

Quintò. Contractus nominati actionem ſpecialem patiunt, veluti exempto, locato & ſimilibus; *l. iuriſgentium. ff. de pactis.* Sed mutuum eſt contractus nominatus, Ergo.

Sextò. Ex ſtipulatione oritur certi condictio ſpecialis, *vt in Inſt. de verb. oblig. in princip.* Ergo ſimiliter & ex mutuo.

Septimò, probatur ex l. *qui mandatum ſuſcepit. ff. mandati.* vbi dicitur. Eum, qui mandato alterius mutuauit, actiones cedere debere. Ergo plures ſunt actiones, non vna tantùm pro mutuo.

Non

Non obſtant argumenta contrariæ opinionis, quorum primum eſt illud, quod agens condictione ex mutuo ſpeciali, eodem modo concludere debeat, quo ageret condictione generali. Ergo vnica tantùm actio competit. Reſpondeo, ambas actiones ad eundem finem tendere, & hoc in argumento probari, ſed quo minùs ambæ competant, non infertur.

Secundum argumentum. Si certi condictio ſpecialis pro mutuo competeret, & ſimul etiam generalis, nulla eſſet ratio; cur etiam pro alijs contractibus nominatis competere non deberet. Sed pro alijs non competit. Ergo nec pro mutuo. Reſpondeo, alios contractus nominatos proprias actiones producere, nec indigere certi condictione ſpeciali, mutuum verò certa condictione ſpeciali à legibus adiuuatur, quemadmodum & ſtipulatio, & indebiti condictio.

Tertium argumentum. Cùm certi condictio generaliter detur præ omnibus contractibus, in quibus certum petitur, fruſtrà exigitur ſpecialis pro mutuo. Reſpondeo, non fruſtrà, quia noſtra intereſt plures actiones habere, & conſtat non fruſtrà ſpecialem hypothecam eum habere, qui & generalem habet. Sed de ſcholaſtica quæſtione hactenus.

Capvt XCI.

Vtrum difficultas excuſet debitorem à mora.

Difficvltatem ſoluendi non excuſare quantitatis debitorem à mora, exiſtimarunt Bartol. *in l. quod te, num.* 14. *ff. certum petat.* Bald. Ang. & Alexand. ſequentib. argumentis: Primum eſt ex *l. continuus, §. illud. ff. de verb. obl.* ibi: [*Et generaliter cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoru pertinet, &c.*]

Secundum eſt ex l. incendium. C. ſi certum peta. [*Incendium ære alieno non liberat debitorem.*]

Tertium. Qui non poteſt ſoluere, niſi cedat bonis, in carcerem conijcitur, *l. 1. C. qui bonis cedere poſſunt.* Sed nemo in carcerem conijcitur, niſi ſit in mora, *argumento l. 3. §. tutores. ff. de ſuſpectis Tutor.* Ergo difficultas non excuſat à mora.

Quartum eſt ex l. mora. §. bonæ fidei. ff. de vſuris. vbi filiusfamilias eſt in mora, qui tamen eo tempore nihil habebat, præter bona Caſtrenſia vel quaſi.

Quintum ex l. *ad diem. ff. de verb. oblig.* ibi: [*Committetur pœna, licèt non ſit hæreditas eius adita.*]

Sextum ex l. *vltim. ff. de nautico fœnore.* ibi: [*Tamen committi perinde pœna poteſt, ac ſi fuiſſet heres debitoris.*]

Sed contrariam ſententiam ſecuti ſunt antiqui Doctores, quorum Bartol. mentionem facit, quibus Paul. Caſtr. Salic. Fulgoſ. Roman. Aret. Dec. Curt. & Cagn. *in d. l. quod te, numer.* 109. adſtipulantur, & ipſe *hoc in loco* etiam adſtipulor.

Probatur primò hæc ſententia ex moræ definitione quæ non conuenit in eum, qui propter difficultatem non ſoluit, ſic enim deſcribi ſolet, teſte Ripa, in d. l. quod te. [*Mora eſt debiti ſoluendi, vel creditori recipiendi improbata dilatio.* vel ſic: *Mora eſt delictum in debito ſoluendo, vel recipiendo commiſſum.*]

Secundò, difficultas excuſat à culpa, *l. ſi procuratorem. §. ſi ignorantes. ff. mandati.* Ergo & à mora, quia ſine culpa mora non committitur, *l. ſciendum. ff. de vſur.*

Tertiò probatur ex l. *Thais. §. 1. ff. de fideicommiſſarijs liber.* ibi: [*Non quidem imputandum hæredi, ſi pro commoditatib. rei ſuæ adminiſtrandæ æs alienum tardius ſoluerit, &c.*]

Quartò ex l. *diuortio. ff. de negotijs geſtis.* ibi: [*Non enim è veſtigio in officio deliquit, ſi non protinus res ſuas diſtraxerit, ad pecuniam redigendam, &c.*]

Poſtremò probatur ex l. *datio. §. ſi per venditorem. ff. de actio. emptio.* ibi: [*Mora autem videtur eſſe, ſi nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat.*]

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo. Quod dicitur *in dicto §. illud.* ad moram de qua agitur, ob difficultatem excuſandam non pertinere, ſed ad obligationem ipſam debitoris, quæ inducitur, tametſi debitor difficultate opprimatur, vnde & textus dicit, [*pertinere ad-*

incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris.] Is enim actionem habet contra promiſſorem, niſi difficultate non obſtante, eidem eſt obligatus.

Ad ſecundum eadem reſponſio valet, quia propter incendium debitor non liberatur, & ſic difficultas obligationem non impedit, neque tollit.

Ad tertium reſpondeo, Debitorem, qui non ſoluit ob difficultatem, non ideo excuſari, quo minùs in carcerem conijciatur, & ſoluere cogatur, vel bonis cedere, quia vt dictum eſt, difficultas non liberat debitorem, nec eum excuſat, quò minus ſoluere teneatur, ſed non ſequitur talem debitorem, quo ad alios Iuris effectus, qui ex mora deſcendunt, ab ipſa mora non excuſari propter difficultatem.

Ad quartum reſpondeo, filiumfamilias eo tempore bona caſtrenſia, & quaſi habuiſſe, & alia etiam in certis caſibus.

Ad quintum, & ad vltimum reſpondeo, leges in argumentis allatas loqui ſpecialiter de his obligationibus, quibus dies & pœna eſt adiecta, ac proinde, ſtricto iure cenſentur, ita vt rei difficultas à pœna minimè excuſet.

Capvt XCII.

Vtrum depoſitum, quod Doctores noſtri vocant confeſſionatum, eodem Iure cenſeri debeat, quo verum & reale depoſitum.

IN depoſito multa ſunt ſingulariter conſtituta, ſicuti conſtat *ex l. ſi quis, & ex lege vltima, & ex alijs legibus. C. depoſiti.* Sed vtrum hæc ſingularia locum habeant in depoſito, quod vocatur à Doctoribus, confeſſionatum, cùm ſcilicet quis fatetur ex cauſa depoſiti, ſe rem debere, vel pecuniam, licèt vel non acceperit, vel ex alia cauſa acceperit, non eſt eadem omnium ſententia.

Negant enim locum habere Bald. *in conſil.* 384. *lib.* 1. Socin. ſen. *in conſil.* 143. *lib.* 1. Boer. *deciſ.* 295. *num.* 8. Quorum illud eſt præcipuum argum. quod non videtur verum depoſitum, nec leges de tali depoſito loquuntur, ſed de vero & reali depoſito, vt patet ex d. l. ſi quis. C. depoſiti. [*Si quis pecuniam, vel aliam rem,* inquit, *per depoſitionis titulum acceperit, &c.*] Illud verbum (*accepit*) ſignificat veram & realem traditionem, ſeu numerationem factam.

Huc accedat, quod & in dote reſpondit gloſſ. *in l. aſsiduis. C. qui potiores in pignore habeantur, in verbo Datæ.* Nempè priuilegia dotis locum habere in dote data tantùm, non in alia? Et denique, depoſitum verum executionem paratam habere dicitur, *vt patet ex d. l. ſi quis in illis verbis: Illicò modis omnibus compellatur, &c.* Tale autem depoſitum, de quo agimus, ſola confeſſione debitoris nititur, quæ quidem extra iudicium facta, paratam non habet executionem, *l. certum.* §. *ſi quis ab abſente. ff. de Confeſſis.*

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, *quam ſecuti ſunt Paul. Caſtrenſ. in conſil.* 170. *lib.* 2. *Angel. Areti. in* §. *prætereà, in Inſtitut. Quibus modis re contrahitur obligatio. & alij, quos refert & ſequitur Roland. à Valle, in conſil.* 17. *lib.* 1.

Probatur hæc ſententia. Primum, argumento ſumpto ex l. *in contractibus.* §. 1. *C. de non numerata pecun.* vbi dicitur. Exceptionem non numeratæ pecuniæ locum non habere, in inſtrumentis depoſitarum rerum. Sunt autem talia inſtrumenta confeſſionum, in quibus ſcilicet, aliquis ſe ex cauſa depoſiti, debitorem eſſe fatetur, & ſic in tali depoſito idem conſtitutum eſt, quod in vero & reali depoſito.

Probatur ſecundò. Nam & in depoſito irregulari, vt vocant, cùm ſcilicet conuenit, vt non idem, ſed tantundem reſtituatur, ſeruatur tamen idem Iuris, quod in verò depoſito, quantum ad vſurarum præſtationem, *vt in l. Lucius,* 24. *& in l. ſeq.* §. 1. *ff. Depoſiti.*

Denique probatur ex communi ſententia Doctorum, à ſimili; Nam priuilegia dotis locum habere, etiam in dote confeſſata, (ita enim placet vocabulis Scholaſticorum vti, quò res eadem à nobis doceri videatur non autem diuerſa) vbi lapſum eſt tempus opponendi exceptionem non numeratæ dotis, vel renunciatum eſt tali exceptioni,

com-

communi ſententia receptum eſt. *Vide Bartolum & alios Doctores, in d. l. Aſsiduis, Afflictum deciſ. 402. Couuar. lib. 1. variar. reſol. c. 7.* Ergo & in depoſito idem eſſe ſtatuendum, videtur, vbi non numeratæ pecuniæ exceptio opponi non poteſt.

Ad primum argumentũ contrariæ ſententiæ reſpondeo. Probari ex confeſſione ipſius depoſitarij pecuniam, vel rem traditam & numeratam fuiſſe, ſi præſupponatur, non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi non poſſe: nam confeſſio probat contra confitentem, *l. Pecunia, C. de ſolut. Alex. in conſ. 25. lib. 2. & alij à Rolan. citati, d. conſil. 17. n. 9. lib. 1.*

Ad ſecundum reſpondeo, Gloſſam illam communiter reprobari, *vt dictum eſt.*

Ad tertium reſpondeo, hic non agi de ſimplici confeſſione, ſed de confeſſione ex cauſa depoſiti, cum ſcilicet quis fatetur ſe accepiſſe rem ex cauſa depoſiti, confeſſio probat depoſitum interceſſiſſe. Depoſitum vero executionem paratam habet, vt ſcilicet depoſitarius illico modis omnibus rem reddere compellatur. Itaque hunc effectum non producit confeſſio, ſed confeſſionis cauſa, nempe, depoſitum. Vnde argumentum ceſſat.

CAPVT XCIII.

Vtrum habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, cenſeatur etiam illud habere ad pretium accipiendum rei venditæ vel locatæ.

EVm, qui mandatum habet ad vendendum, vel locandum rem alterius, non habere inconſequentiam ad pretium recipiendum rei venditæ, vel locatæ, reſpondit Ludouicus Roman. *Sing. 23. & in conſ. 461.* autoritate *l. 1. §. Igitur præpoſito, ff. de Exercit. act.* vbi text. dicit, Præpoſitum à Magiſtro nauis ad locandam nauem, exigere non poſſe vecturas.

Secundo, ex l. Sed ſi tantum, & ex l. hoc iure vtimur, ff. de ſolutio. quibus in locis dicitur, Procuratorem conſtitutum ad agendum: pecuniam debitam exigere non poſſe.

Tertio, ex c. Nicolao, de appellat. vbi dicitur, Procuratorem conſtitutum ad impetrandum Iudicem, litem inſtituere non poſſe, cum tamen illud ſit præparatorium litis, vt vulgo loquimur.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, *quam ſecuti ſunt Bart. in l. Filia. ff. de ſolut. Dec. in conſ. 330. nu. 3. Benuenut. Stracha, de Mercatura, tit. de Mandato, n. 23.*

Probatur hæc ſentẽtia ex l. quod ſeruus, ff. de ſolut. in illis verbis: [*Sed etſi quis pecuniam dominicam fœnaratus eſſet à ſeruo, ſi permiſſu Domini ſeruus negotium dominicum geſſiſſet, idem Iuris eſt. Videtur enim voluntate eius, qui cum ſeruo negotium contraheret, & ab eo accipere, & ei ſoluere.*]

Reſpondet Rom. Iuriſconſult. loqui dè Procuratore generali, qui adminiſtratione alicuius rei generaliter præfectus eſt, veluti peculij dominici: Is enim omnia expedire poteſt, quæ Dominus, & ſic mutuare, vendere pretium accipere, & alia facere, quæ ad talem adminiſtrationem pertinent. Secus in procuratore ſpecialiter dato ad aliquam rem vendendam, vel locandam. Non recte: quia hæc reſponſio congruit primæ parti legis non autem ſecundæ, quæ in argumento adfertur. Prioris partis verba hæc ſunt: [*Quod ſeruus ex peculio ſuo crediſſet, aut depoſuiſſet, id ſiue veniſſet, ſiue manumiſſus eſſet, recte ſolui pôt.*] Hæc verba pertinent ad ſeruum habentem generalem peculij adminiſtrationem. Sequentia autem pertinent ad ſeruum particulari negotiationi propoſitum. [*Sed etſi,* inquit, *quis pecuniam Dominicam ab eo fœneratus eſſet, ſi permiſſu Domini,* (vides negotiationem peculiarem eſſe fœnerandi pecuniam) *ſeruus negotium Dominicum geſsiſſet, idem Iuris eſt, &c.*]

Ad primum argumentum Ludouici Romani reſpondeo, Iuriſc. *in d. l. 1. §. igitur præpoſitio*, loqui de ſeruo præpoſito ad locandum tantum, non ad exigendum, vt patet ex verbis legis. ibi, [*Vel ſi ad locandum tantum, non ad exigendum, &c.*]

Ad ſecundum reſpondeo, leges allegatas

loqui de Procuratore dato ad lites, cui recte ſolui non poteſt, quia iudicati actionem non habet. Vnde, & in legibus allegatis dicitur abſurdum eſſe, ei, antequam iudicatum ſit, ſolui, cui actio iudicati non datur.

Ad tertium reſpondeo. Textum *in d. c. Nicolao.* loqui de rebus ac negotijs ſeparatis ac diuerſis, nec ſe inuicem conſequentibus, aut connexis. Aliud eſt enim Iudicem impetrare. Aliud vero litem inſtituere, quamuis impetrato Iudicis viam aperiat ad litis inſtitutionem. Ita etiam dicimus, Vicarium Epiſcopi ex mandato reſignationem beneficij recipere poſſe, non tamen ex eo beneficium conferre poſſe; quamuis reſignatio viam collationi muniat. *Vide Felin. in c. cauſam quæ, num. 7. de ſent. & re iudicata.*

At in quæſtione noſtra negotia ſunt cónexa, & ſe inuicem contingentia & conſequentia. Nam venditio fit certo pretio cóuento, ſimiliter & locatio. Quare, ſi mandauero, vt rem meam vendas, illud etiam mandare videor, vt de pretio conuenias, & illud accipias nomine meo.

Caput XCIV.

De ſocietate, in quam alter pecuniam confert, alter operam & induſtriam, vtrum pecunia videatur eſſe communicata, atque ideo finita ſocietate diuidenda ſit.

Cum ea contrahitur ſocietas, in quam alter pecuniam, alter vero operam & induſtriam confert, controuerſi Iuris eſt, vtrum finita ſocietate, pecunia ſit diuidenda, tanquam communis effecta.

Et diuidendam exiſtimarunt Accurſius Bart. & Alber. *ad l. 1. C. pro ſoc.* necnon Didac. Couar. *lib. 3. Var. reſol. c. 2. num. 2.*

Quorum argumenta ſunt iſta. Primum, Nam quod in ſocietatem confertur, videtur communicari, *l. 1. & 2. ff. pro ſocio.* Vnde & lex vtitur verbo illo, *conferente*, quod ſignificare videtur communicationem, *in l. 1. C. pro ſocio.*

Secundum. Nam induſtria pecuniç comparanda eſt, ſi ea ſit, quæ pecuniæ poſſit æquiparari, ſed ſi hinc inde pecunia conferatur, Palam eſt, diuidendam eſſe tempore ſocietatis finitæ.

Tertium. Nam ſocietatis contractus ita deberet interpretari, vt inter ſocios æqualitas ſeruetur, *l. Si non fuerit. ff. pro ſocio.* Sed ſi non eſſet pecunia diuidenda, inæqualitas oriretur, alter enim induſtriam & operam amitteret, qui vero pecuniam poſuit, eam haberet ſaluam.

Contrariam ſententiam habuerunt Bal. Caſtr. & Ioan. Sichar. *in d. l. 1. C. pro ſocio.* quibus & ipſe aſſentior, eo argumento, quod in propoſita ſpecie non ea videtur intentio ſociorum eſſe, vt pecuniæ proprietas videatur eſſe communicata, ſed tantum eius vſus & commoditas, quemadmodum de eo, qui agrum colendum accepit, & eo nomine ſocietatem contraxit, reſponſum eſt *in l. cum duobus. § ſi in secunda. ff. pro ſoc.* Itaque ſic interpretor hunc contractum, vt vſus & commoditas, omniſq; vtilitas ex induſtria proueniens, & ſimiliter ex pecunia, communis ſit inter ſocios, ac pro indefinita ſocietate diuidenda, non autem pecunia ipſa. Etenim oriretur ſumma inæqualitas inter ſocios, quia pecuniam conferens, duplex incommodum ſentiret, ſi forte finita ſocietate ſola pecunia remaneret. Alterum, quod dimidiam partem pecuniæ amitteret. Alterum, quod otioſam pecuniam habuiſſet, nec vllum ex ea fructum percepiſſet, cum tamen facile percipere potuiſſet, eam in emptionem prædiorum, aut aliarum rerum ſimilem collocando. Alter vero vix vllum incommodũ ſentiret, quandoquidem dimidiam pecuniæ partem conſequeretur.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiç. Nam ad Primum negatur, pecuniam videri communicatam, quantum ad eius proprietatem & dominium. Nec quicquã facit l. 1. & 2. ff. pro ſocio. quia loquuntur de ea ſocietate, in qua omnia bona hinc inde communicantur.

Non obſtat verbum, *conferente, de quo in l. 1. C. pro ſocio.* quia intelligitur quantum ad vſum, & commoditatem.

Non obſtat æquiparatio pecuniæ & operæ: quia intelligitur quo ad vſum, vtilitatem, & commoditatem, *vt patet ex d. §. ſi in coeunda.*

Non obſtat vltimum argumentum, quia nulla eſt inæqualitas: Id patet: Nam qui induſtriam poſuit, illud habet incommodi, quod fruſtra laborauit, & nullum percepit emolumentum, cum tamen fortaſſe percepiſſet, ſi operam ſuam locaſſet alibi. Qui vero pecuniam contulit, illud habet incommodi, quod fruſtra eam contulit, quod nihil ex ea lucratus eſt, cum tamen fortaſſe lucraturus fuiſſet, ſi in alios vſus eam erogaſſet. Quare niſi ego fallor, omnia hinc inde ſunt æqualia iura ſociorum.

Capvt XCV.

Cum in ſocietatem alter pecuniam, alter operam ac induſtriam confert, vtrum, ſi pecunia fuerit amiſſa, periculum ſit commune.

QVatuor ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima periculum amiſſionis pecuniæ commune eſſe inter ſocios, *ita Salic. & Fulg. poſt Oldrad. & Ricardum Malumbr. in l. 1. C. pro ſoc.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. cum duobus. §. quidam ſagariam. ff. pro ſoc. ibi, [*Damnum eſſe commune, ideoq; pro ſocio actione, damni partem dimidiam agnoſcere debere, &c.*]

Secundum. Nam ſi commune non eſſet damnum, æqualitas in ſocietate non ſeruaretur hoc in caſu, quia is, qui pecuniam ponit, nec fructum ex ea perciperet, & pecuniam ipſam amitteret. Alter vero vnicum duntaxat damnum ſentiret, amiſſionis operarum.

Tertium argumentum eſt ex l. *ſi non fuerint, ff. pro ſoc.* vbi dicitur, valere pactum inter ſocios huiuſmodi, vt qui operam confert, damnum non ſentiat amiſſionis pecuniæ. Ergo ſi tale pactum non intercedat, damnum erit commune.

Poſtremum argumentũ. Is, qui operam & induſtriam confert, nihil amiſiſſe videtur, ſi adhuc viuat, quia poterit alias operari: & ex opera, & induſtria ſua lucrari, ſi vero mortuus ſit, nihil eo nomine debetur hæredi, neque enim ſocietas morti cauſam præbuit. Cum ergo nihil damni ſentiat ex operarum amiſſione, æquum eſſe videtur, vt pro ſua parte, iacturam ſuſtineat pecuniæ deperditæ.

Secunda eſt ſententia ſic diſtinguens: Aut ſtatim contracta ſocietate, ante vllas fere operas exhibitas, perijt pecunia, & damnum commune eſſe debet: Aut, ex interuallo temporis, poſt operas exhibitas, & tunc ſecus: quia damnum ad conferentem pecuniam pertinebit. *Ita Petr. & Cyn. in d. l. 1. C. pro ſocio.* Cuius ſententiæ ea eſt ratio: quia ante operas exhibitas, nihil videtur is contuliſſe in ſocietatem, qui operam & induſtriam conferre debuit, & nihil prorſus amiſiſſe videtur, alter vero pecuniæ collatæ iacturam ſolus faceret, quod iniquum eſſe videtur.

Tertia eſt ſententia ita diſtinguens: aut opera & induſtria æquiualet, non ſolum vſui pecuniæ, ſed etiam dominio & proprietati, & tunc amiſſionis damnum ad eum pertinet, qui pecuniam dedit. Aut æquiualet vſui duntaxat pecuniæ, & tunc damnum amiſſionis erit commune inter ſocios. *Ita Corn. & alij, quos refert & ſequitur Socin. ſen. in conſ. 265. lib. 2.* Huius ſententiæ ea eſt ratio: quod priore caſu tantum amiſit is, qui induſtriam communicauit, quantum is, qui pecuniam contulit. Quare æquum eſſe non videtur, vt etiam damnum amiſſionis pecuniæ aliqua ex parte patiatur. Vbi vero opera non æquiualet dominio, & proprietati pecuniæ, is, qui operam ponit, non amittit tantum, quantum is, qui pecuniam dedit, merito ſubire debet damni partem, quod ex amiſſione pecuniæ accidit.

Poſtrema eſt ſententia, longe, vt mihi videtur, probabilior: Pecuniæ amiſſæ damnum, ad eum duntaxat pertinere, qui eam contulit, *ita docuerunt Accurſius, Bartolus, Angel. Caſtrenſ. & Baldus ad dict. l. 1. C. pro ſocio. necnon Martinus Nauarrus alios commemorans in Manuali Confeſſariorum, cap. 17. de vſura in ſocietate.*

Proba-

Probatur hæc ſententia, quia ſecundum iuris regulas, res perit domino ſuo, *l. pignus, C. de pignor actio.* Sed pecuniæ dominus eſt is, qui eam contulit, vt dictum eſt in præcedenti capite. Ergo illi ſoli perit, non alteri.

Secundo, probatur: quia orirétur inæqualitas inter ſocios, ſi damnum eſſet commune. Etenim is, qui operam ponit, duplici afficeretur incommodo: altero, quod operam ac induſtriam amitteret: altero, quod ſentiret partem damni. Alter vero non totam pecuniam amitteret, ſed partem duntaxat.

Tertio. Quia hoc in caſu ſi commune eſſet damnum, nullum is, qui pecuniam conferret, periculum ſubiret amittendæ in totum pecuniæ. Tale autem ſocietatis genus, non procul abeſt à fœnore & vſuraria prauitate, *ex traditis in cap. plerique. 14. quaſt. 3. per Panormitanum, in c. per veſtras, de donat. inter virum & vxorem, per Nattam in conſil.* 403. & 404.

Non obſtāt argumenta diuerſarum ſententiarum. Nam ad primum prioris ſentētiæ argumentum reſpondeo, text. *in d. §. quidam ſagariam.* non loqui de ſocietate noſtra, ſed de ea ſocietate, in quam pecunia vtrinque confertur. Id patet ex illis verbis text. [*Eum, qui profectus eſt ad merces comparandas, ſuam pecuniam perdidiſſe.*] intelligitur enim de pecunia, quam in ſocietatem contulit: quia idem textus paulo infra loquitur de alia re propria amiſſa. Quod ſi pecuniā contulit is, qui ad merces comparandas proficiſcebatur, & conſequenter pro ſocio laborabat, operamque ſimul conferebat, veriſimile eſt, alterum quoque ſocium pecuniam contuliſſe.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, Inæqualitatem non oriri, immo maximam æqualitatem, quia quod in argumento dicitur, operam conferentem, damnum ſentire amiſſionis operam, reſpondet damno, quod alter ſentit ex amiſſione pecuniæ. Quod ſi commune ſit damnum amiſſæ pecuniæ, tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit, & alter totius induſtriæ iacturam facit, & ſimul particeps eſt alterius damni, quod æqualitati repugnat.

Ad tertium reſpondeo. Negando cōſequentiam. Nam etſi tale pactum fieri poſſit, vt damnum pecuniæ non ſentiat is, qui induſtriam & operam confert, non tamen ſequitur ceſſante tali pacto damnum eſſe commune, ſed potius argumētum præſtat, tale pactum ideo valere, quia æquitati & iuſtitiæ ſit conſentaneum, vt ſolum damnum ſentiat is, qui pecuniam contulit.

Ad vltimum argum. reſpondeo, negando eum qui induſtriam contulit, nihil amiſiſſe, licet viuat, & alias operari poſſit. Nam quod fruſtra laborauerit, nullumque ex induſtria fructum retulerit, id vero damni ſpecies eſt minime obſcura.

Quod attinet ad diſtinctionem Petri & Cyni, reſpondeo, non eſſe vllam rationem habendam, quod ante operas exhibitas pecunia fuerit amiſſa, quoniam id caſu fortuito accidiſſe videtur, & ex infortunio quodam, cui ſubiacet is, qui pecuniam dedit, quodque proinde æquo animo ferre debet. Si alter nihil amiſerit operarum, id caſu euenit, paratus enim erat operas præſtare: vnde non idcirco infortunium participare eum oportet,* qui nec pecuniæ partem obtinuit.

Denique quod attinet ad Cornei, & Socini diſtinctionem, illa ratio nihil mouet, quod ſi opera vſui duntaxat pecuniæ æquiualet, damnum ſit commune, quia, vt iam ſæpe dictum eſt, plus damni ſentiret is, qui poſuit induſtriam, quam alter; licet enim amiſſioni pecuniæ in totum non reſpondeat, & æquanda non ſit amiſſio operarum, ſibi tamen imputet is, qui induſtriam & operam pro pecunia valere exiſtimauit, atque ea lege ſocietatem inijt, nec iam velit ſocium & operę, & pecunię damnum ſuſtinere, cum ipſe pecuniæ duntaxat ſuſtineat.

CAPVT XCVI.

De metu reuerentiali, Controuerſia.

COmmunis eſt ſententia Doctorum, ea quæ geſta ſunt reuerētiæ cauſa, veluti metu

metu quodam, rata non eſſe habenda, ſi aut minæ præceſſerint, aut læſio interceſſerit. *Vide Couuarr. in Epitome de ſponſalibus, parte 2. §. 6. num. 4. & Menochium de Arbitr. iudicum, caſu 136.*

Fundamentum habet in l. 1. §. Quæ onerandæ, ff. quar. rer. act. non detur. in illis verbis: [*Tamen cauſa cognita, ſi liquido appareat, libertum metu ſolo, vel nimia Patroni reuerentia ita ſe ſubiecisse, vt vel pœnali ſtipulationi ſe ſubijceret, &cæt.*] Item in l. pen. ff. de furt. ibi, [*Et hoc modo Patronus quoque liberto, & is, cuius magna verecundia, &c.*]

Cæterùm, aduerſus hanc ſententiam Franciſc. Duaren. argumentatur, in commentarijs ad titul. de eo quod metus cauſa: [*Reſpondeo*, inquit, *non eſſe locum reſtitutioni, quod nulla ſit mentio eius reuerentiæ, ſub hoc titulo, neque in Pandectis, neque in Codice. Quam ſententiam confirmo alijs exemplis.*] Vnum eſt in l. ſi patre cogente, de ritu nuptiarum: [*Cogente enim, interpretor, imperante. Matrimonium enim iuſto metu cogente factum, nullum eſſet, vt cætera metu facta, & tamen contractum reuerentia metu, firmum eſt. Similis locus eſt in l. Fideiuſſor. §. 1. de pignorib. vbi pater obligat prædium filij ſui, & filius ſcribit inſtrumentum obligationis, re enim oppignorata, metu reſtitueretur filius. Verùm quia metu reuerentiæ tantùm coactus eſt, ſcribit rectè contractum eſſe pignus, & ſilentium eius, loco conſenſus haberi.* Obijcitur nobis l. penult. infr. de furtis, vbi ait: [*Si Patronus rem liberti contrectet eo præſente, & non contradicente metu reuerentiæ, poteſt dici metu feciſſe. Videbatur tamen furtum non eſſe, quia furtum eſt contrectatio rei alienæ inuito domino, & ſic, qui volente domino contrectat, non eſt fur. Vult autem, qui non contradicit: videbatur igitur hic conſenſiſſe libertus, ob reuerentiam: dicitur tamen Patronus non ideò minus furtum feciſſe, quia libertus ob reuerentiam Patrono debitam non contradixit. Obijcitur & l. 1. §. Quæ onerandæ. infra, quarum rerum actio non datur, vbi adiectum liberto, oneranda libertatis gratia, propter nimiam Patroni reuerentiam exigi non poteſt. Vulgò diſtinguunt, iuxta l. interpoſitas, C. de tranſact. Sed hanc diſtinctionem nunquam probaui. Itaque breuiter ita reſpondeo ad d. l. pen. Expendenda eſt diligenter ſpecies. Quæſtio eſt, an libertus tacens & non contradicens, ſit intelligendus conſenſiſſe & permiſiſſe; reſpondetur non conſenſiſſe. Hic enim agitur de præſumptione, quæ vt alibi diximus, alteri cedit præſumptioni. Nam præſumptio conſenſus, cedit præſumptioni reuerentiæ. Præſumimus enim libertum conſenſiſſe, quia ob Patroni reuerentiam noluit contradicere. Similis locus eſt in l. 23. §. 1. infrà. Soluto matr. Ad l. 1. §. Quæ oneranda, verſ. in ſumma ait, non dabitur exceptio, &cæt. niſi liquidò appareat, metu, vel nimia reuerentia in id conſenſiſſe. Nec dicit ſimpliciter reuerentia, ſed nimia, ſiue immodica: ita vt ei ſuccurrendum ſit ex bono & æquo: deinde fauor libertatis ſuadet, vt ita benigne interpretemur pro libertate.*] Hactenus Duarenus.

Quibus non obſtantibus à communi ſententia recedendum mihi non videtur, cui ſecundùm aliquos etiam ſuffragatur l. ſi ſuperſtite, C. de dolo. Non obſtat text. *in l. ſi patre cogente.* quia de matrimonio filijfamilias loquitur, in quo ille iure Ciuili inſpecto arbitrium liberum non habet, cùm illud contrahere non poſſit abſque conſenſu patris, vſque adeò, vt patris iuſſus præcedere debeat, *vt in §. 1. in Inſtit. de Nupt.* Meritò matrimonium patre cogente, id eſt, imperante, celebratum valet, nec id communi ſententiæ ſupradictæ aduerſatur. Neque enim hoc vult, vt omnia, quæ geruntur cum ijs perſonis; quibus reuerentia exhibenda eſt, tali velamento infirmentur. Non obſtat text. in l. Fideiuſſ. §. 1. Quia nec conſtat in ea ſpecie filium fuiſſe læſum, eo charitatis officio, quod Patri impendit, dum paſſus eſt bona ſua obligari, nec conſtat ibi reuerentiæ cauſa factum fuiſſe, eò quòd Pater maximè id vrgeret, ac impetraret. In quibus terminis communis ſententia eſt intelligenda.

Portò allatæ reſponſiones *ad l. pen. & ad §. quæ oneranda.* facilè poſſunt elidi. Nam ſi præſumitur conſenſus, *in ſpecie d. l. pen.* ex eo quod libertus non contradicit, ergo furtum non contrahitur. At Iuriſc. contrahi dicit, quia talis conſenſus reuerentiæ cauſa adhibiti ratio non habetur. Quod cùm ibi ita ſit conſtitutum, nil proponitur, cur & in ſimilibus non idem reſpondendum ſit, nempè, rata non eſſe habenda, quæ tali conſenſu intercedente geruntur. Quod ve-

rò attinet ad §. Quæ onerandæ, cauſat Duarenus nimiam reuerentiam, & fauorē libertatis, ſed fruſtra: quia, & communis ſententia loquitur de tali reuerentia, aut paulo certe minori, & libertatis fauor ibi non perpenditur, ſed nimia reuerentia, vna cum læſione liberti,

CAPVT XCVII.

De contractu in ſcriptis celebrato, ad interpretationem l. Contractus, C. de fide inſtrument.

SI contractu iam conſtituto, mutuo intercedente partium conſenſu conuentū fuerit, vt de eo inſtrumentum, ac ſcriptura conficiatur, celebris eſt controuerſia inter Doct. vtrum ante inſtrumentum confectū pœnitentiæ ſit locus. Et locum eſſe reſponderunt Paul. Caſtr. *ad l. contractus, C. de fide inſtr. & ad l. cum res, C. de prob.* Alc. *ad l. pactum, quod bona fide, C. de pact. Dec. in conſ. 11. & 159. Iaſ. in conſ. 151. lib. 2. Afflict. deciſ. 39. nu. 4. Boer. deciſ. 48. n. 11. & 183. n. 9.* Sed cōtrariam ſententiam ſecuti ſunt Dec. *in d. l. pactū quod bona fide.* Aret. *in conſ. 159. Rota Rom. apud Iacob. Puteum, deciſ. 43. lib. 3. & plures alij, quos refert & ſequitur Ant. Theſſaur. deciſ. Pedem. 197.*

Omnis difficultas conſiſtit in vera interpretatione l. contractus, C. de fide inſtr. in illis verbis: [*In contractibus quos in ſcriptis fieri placuit, &c. Tranſactionum etiam, quas in inſtrumenta recipi conuenit, non aliter vires habere ſancimus, niſi inſtrumēta in mundum recepta ſubſcriptionibusq; partium confirmata, etſi per tabellionē conſcribantur, etiam ab ipſo completa, & poſtremo à partibus abſoluta ſint, vt nulli liceat priusquam hæc ita præceſſerint, &c. aliquod ius ſibi ex eodem contractu, vel tranſactione vendicare, &c.*

Prioris ſententiæ Autores ex hoc text. argumentantur, qui aperte negat contractum eſſe perfectum, & ex eo ius acquiri, priuſquam inſtrumentum conficiatur. Sed certe id non ita generaliter accipiendum crediderim, ſed eo duntaxat in caſu, quo ab initio inter partes conuenit, vt contractus in ſcriptis celebretur. Tunc ſcriptura videtur eſſe neceſſaria, & ad ſubſtantiam ipſius contractus pertinere, quemadmodū & in multis alijs caſib. ſcripturā adhibēdam eſſe Alciatus docet, *in comment. l. 5. C. de tranſact.*

Quod ſi de ſcriptura, ſeu inſtrumento conficiendo, nihil ab initio inter contrahētes dictum eſt, ſed ſimpliciter contractus eſt abſolutus, & perfectus, promiſſionibus ac ſtipulationibus hinc inde ſubſecutis, licet poſtea dictum ſit de inſtrumento conficiendo, illud nequaquam pertinere interpretor ad ipſius contractus perfectionem, ſed potius ad probationem, ex d. l. 5. C. de tranſact. ex l. cum res, C. de probat. & ex ſimilibus locis, quibus declaratur inſtrumēta pertinere ad probationem, non ad ſubſtantiam rei geſtæ. Quare in ſententia poſteriore longe ſum procliuior.

CAPVT XCVIII.

Pactum incontinenti adiectum in contractibus bonæ fidei, vtrum actionem pariat.

COmmunis eſt Doct. ſentētia ex pacto incontinenti appoſito, actionem cōpetere præſcriptis verbis nuncupatam. *Ita enim docent Bart. Caſtr. Alex. Corn. Iac. Dec. & cæteri communiter, ad l. in bona fides, C. de pact. & cum eis Franc. Duar. ad l. iurugent. §. quinimo, ff. eod. tit.* Probaturq; hæc ſententia, primum ex d. l. in bonæ fidei. ibi, [*Ita demum ex pacto actio competit, ſi incontinenti fiat, cum autem certum nomen non habet,*] præſcriptis verbis merito appellatur, *l. 1. & 2. ff. de praſcript.*

Secundò ex l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi ex pacto reuendendi competit actio præſcriptis verbis.

Tertiò, ex l. ſi vir, ff. de præſcr. verb. vbi dicitur actionem præſcriptis verbis competere, vt fiat id, quod inter virum & vxorem conuentum eſt.

Quartò ex l. Labeo ſcribit, 50. ff. de contrah. empt. vbi I.C. [*Si bibliothecam mihi ita vendideris, ſi decuriones Campani locum mihi vendidiſſent, & per me ſtet, &c. non eſſe dubitandum, quin præſcriptis verbis agi poſſet.*]

Poſtremò, ex l. ſi conuenit, ff. de reſcind. vend. ibi, [*Ex empto actio eſt, vt Sabinus putat, aut proxima empti actio in factum datur.*]

Cæte-

Cæterùm aduerſus hanc communem & veram ſent. reſponderunt Alc. *lib. 5. Parad. c. 1.* & Franc. Connan. *lib. 5. comment. Iuris, cap. 2. num. 7.* Quorum argumenta hoc in loco refutanda ſunt.

Primum argumétum. Actio præſcriptis verbis non datur, vbi alia competit, *l. quoties ff. de præſcr. verb.* Sed hic alia competit actio, nempe ex contractu, cui pactum ineſt, quia informatur ex pacto, *l. iurigent. §. quinimo, ff. de pactis.* Reſpondeo, Nego maiorem. Nã actionem præſcriptis verbis dari, etiam vbi alia competit actio, probat l. 2. C. de pact. inter empt. & vend.

Non obſtat l. quoties, quia hoc tantum dicit: [*Quoties alia actio non eſt, vtilis actio eſt.*] Vtilis autem actio dicitur eſſe Prætoria, ſiue in factum, de qua fit mentio in l. iuriſgentium, ff. de pact. vbi eius naturam optime declarat Duarenus, *& in l. quæ religioſis, ff. de rei vendicat. in l. cum filiusfamilias. ff. ſi certum petatur, in l. creditor, ff. de actio. emptio. & in §. non omnes, in Inſtitut. de perpetuis & temporalibus actio.*

Secundum argumentum eſt ex l. permiſiſti, ff. de præſcript. verbis, vbi dicitur: [*Si venditionis contractus præceſſerit, agi ex eo poſſe, ſi vero non præceſſerit, præſcriptis verbis agi ex pacto.*] Idem probat l. Rogaſti, §. vltim. ff. eod. ibi, [*Melius eſſe dico, præſcriptis verbis agi, niſi merces interueniat. Nam ſi interuenit, ex locato eſſe actionem.*]

Reſpondeo, dictæ l. non negant, quin ex pacto agi poſſit, ſed tantum dicunt ex contractu actionem oriri, quod & nos quoque dicimus. Ideo autem ex contractu agi poſſe dicunt, & de tali actione ex contractu deſcendente, nominatim quærunt, quia eſt magis fauorabilis: quam præſcriptis verbis actio, quapropter diligenter monent ex contractu agi poſſe, vt intelligatur, fauorabilem atque ordinariam competere actionem ex contractu, non autem vt excludatur actio præſcriptis verbis ex pacto.

Tertium argumentum eſt Connani. Eiuſdem contractus duplex actio non eſt, ſed vna tantum. Ergo ex pacto, quod contractui ineſt, actio non oritur particularis, cum ex contractu ipſo agi poſſit. Reſpondeo ex contractu, cui tale pactum ineſt, duplicem oriri actionem, vt patet, *ex l. 2. C. de pact. inter emptorem & vendit.* vbi agitur ex vendito, & præſcriptis verbis, vt placiti fides ſeruetur.

Quartum argumentum. Remedium extraordinarium ceſſat, vbi datur ordinariũ, *vt docet Bartol. in l. in prouinciali, §. ſi vero. ff. de operis noui nunciatio.* Sed hic remedium datur ordinarium, nempe actio ex contractu. Ergo opus non eſt extraordinario, nempe actione præſcript. verbis. Reſpondeo, actionem præſcriptis verbis dici, cum vulgata deſunt actionum nomina, & nomen actionis non inuenitur, *l. 1. & 2. ff. de præſc. verb. optime declarat Duaren. ad d. l. iurisgent. §. Quinimo.* Quod autem extraordinarium remedium dicatur, nulla lege probari poſſe exiſtimo.

Quintum argumentum. Actio præſcriptis verbis pœnitentiam recipit, *l. ſi pecuniam, ff. de condict. cauſa.* Sed à tali pacto recedere non licet. Ergo præſcriptis verbis actio non competit. Reſpondeo. Tunc præſcriptis verbis actionem pœnitentiam recipere, cum ex contractu innominato naſcitur, *vt in d. l. ſi pecuniam.* ſecus ſi ex pacto oriatur, quod ineſt contractui innominato, tunc enim videtur eſſe pars contractus, ideoque eius naturam imitatur: qua pœnitentiam non recipit.

Sextum argumentum. Fictio non operatur plus quam veritas. Sed pactum dicitur eſſe pars cõtractus ficte, ergo non operatur plus, quam contractus. Sed contractus vnam tantum actionem producit. Ergo ex pacto dupliciter agi nõ poteſt. Nempe, actione ex contractu deſcendente, & actione peculiari ex pacto, ſcilicet, præſcript. verborum. Reſpondeo, pactum hoc in caſu operari plus, quam contractum, vires enim ex contractu accipit, cui dicitur ineſſe, ſed informat actionem ex contractu, vt detur ad id, quod eſt in pacto, & ita corroboratur ex ipſo contractu, vt & actionem producat.

Capvt XCIX.

Vtrum pactum incontinenti adiectum contractui ſtricti Iuris, actionem pariat.

IN bonæ fidei contractibus, ex pacto incontinenti ſecuto, actionem oriri, ſatis exploratum eſt, *ex l. in bonæ fidei, C. de pact.* Sed illud controuerſum: An & idem ſit in contractibus ſtricti iuris.

Sunt enim qui affirmant ex antiquis Doctoribus, ſunt qui negant. Sed & recentiores Galli nequaquam inter ſe conueniunt. Etenim Iacob. Cuiac. negat *in Comment. ad l. iuriſgentium. verſ. in bonæ fidei, ff. de pact. & lib. 10. Obſeru. cap. 24.* Contra alter Doctor Gallus affirmat, *lib. 7. Obſeru. c. 15. & lib. 1. reſponſ. amicab. cap. 31.* cui adſtipulatur Duaren. *in comment. ad d. l. iuriſgentium. §. quinimò.*

Affirmantis ſententiæ illud eſt fundamentum, quod etiam in contractibus ſtricti iuris, pactum incontinenti ſecutum ineſſe dicatur, *leg. lecta, ff. ſi certum petatur, leg. 4. ff. de pactis.* & quidem non tantùm, quò ad exceptionem, vt aliqui putabant, ſed etiam, quantum ad actionem; *vt in dicta leg. lecta.*

Negantis verò ſententiæ illud eſt præcipuum argumentum, quòd leges de huiuſcemodi pacto loquentes, videntur hanc vim actionis producendæ tribuere tantummodò contractibus bonæ fidei, *vt in dicta leg. in bonæ fidei, & in dicta leg. iuriſgentium. §. quinimò.*

Non obſtat l. lecta, quia non loquitur de actione ex tali pacto, ſed de pacto incontinenti adiecto, quod ex parte rei ineſt, ita videlicet, vt non ſolùm ad exceptionem proficiat, vt aliqui putabant, ſed etiam actionem, hoc eſt, ad eam reformandam, & ad temperandam ex pacto.

Ego hanc negantem ſententiam aliquando ſum ſecutus, ſed iam affirmanti calculum præbeo, hoc argumento potiſſimum confiſus. Certum eſt, pactum incontinenti ſecutum ineſſe etiam in contractibus ſtricti iuris, ita enim expreſſum eſt in dicta leg. lecta: Ergo parit actionem. Probatur conſequentia. Nam ſi contractui ineſt, Ergò eſt pars contractus, & contemplatione, ſeu reſpectu contractus, interponitur. Quod ſi verum eſt, non iam amplius pactum nudum eſt, nullam cauſſam habens præter ipſam conuentionem. Immò verò cauſſam habet aliam, nempè contractum præcedentem, conſequenter actionem producit, quia illud pactum actionem non producit, quod eſt nudum & nullam habet cauſſam, præter ipſam conuentionem, *l. iuriſgentium. §. igitur nuda, ff. de pactis.* cuius rei cauſſam eleganter explicat Franciſcus Duarenus *in Comment. ad illum titulum, non procul à principio.* & Connanus *lib. 5. Comment. Iuris Ciuilis, cap. 2.* Nec quicquam mouet quòd leges paſſim de contractibus bonæ fidei loquantur, quia non iccircò negant idem eſſe ſtatuendum in contractibus ſtricti iuris, immò verò idem eſſe ſtatuendum indicare videtur Iuriſconſultus *in d. l. lecta.*

Capvt C.

Vtrum ſecundùm Ius Canonicum pactum nudum actionem producat, & quid in pacto iurato.

PActvm nudum iure Canonico actionem parere, non pauci, neque obſcuri nominis Doctores affirmarunt, *vt videre licet ex Canoniſtis, in cap. 1. de pactis, Iaſon in l. Iuriſgentium, § igitur nuda, num. 4. ff. eodem, & ibidem Petrus Caleſactus nouiſſimè, numer. 8. ex Dideco Couaruuuia in relectione cap. quamuis, in ſecunda parte, § 4. numer. 14. & alijs.* Quorum omnium fundamentum eſt in d. cap. & in cap. qualiter, eodem titul. dum ibi dicitur, pacta eſſe ſeruanda, & cuſtodienda, quaſi id ſit accipiendum, tam quò ad actionem, quàm quò ad exceptionem, *argum. l. ſtatuas, ff. de acquir. rer. dom.*

Sed contraria ſententia ſemper mihi magis placuit, *quam amplexi fuêre Salicetus in leg. legem, in 7. quæſtione, ſuprà titul. noſtro. Angelus Aretinus in §. in perſonam, in penultima, & vltima colum. Inſtitut. de action. & alij citati ab eis,*

eis, quos pro priore ſententia retulimus, quibus addi poteſt Alciat. lib. 5. Paradox. cap. 3. Etenim etiam Prætor ait: [*Pacta ſeruabo,*] vt in d. l. iuriſgentium. §. Prætor ait. Et tamen nuda pactio actionem non parit. Præterea æquitatis ratio, & publicæ vtilitatis, quæ ſuadet, ne ex pacto nudo agatur, minuendarum, ſcilicet, litium gratia, vt præclarè Duarenus explicat ad titul. de pactis, ita iure Canonico locum ſibi vendicat; vti Iure Cæſareo, cùm & Canones litium minuendarum ſint etiam ſtudioſiſſimi, *cap. finem litibus, De dolo, & contum. cum multis ſimilibus.* Quare inter ius Canonicum & Ciuile, diſcrimen illud haud quaquam ſtatuendum eſt ſine Canonis autoritate, *vt notatur in c. 1. & 2. de oper. no. nunc.*

Vtrum autem pactum nudum iuratum actionem producat, quæſtio non parum eſt perplexa, ſiquidem ab ea quæſtione pendet, quæ inter Doctores maximè controuerſa eſt, An ſcilicet, ex iuramento oriatur actio; qua de re nouiſſimè latè diſputat Seraph. Senenſ. *de priuileg. iuram. priuil.* 19. Ego quid ſentiam, breuiter explicabo, deinde contrariæ opinionis argumenta confutabo.

Exiſtimo actionem non oriri ex iuramento, ac proinde nec ex pacto iurato. Probatur hæc ſententia; quia ſpecialiter conſtitutum eſt in liberto, vt ſi iureiurando operas Patrono promiſerit, obligatio contrahatur, *l. vt iuriſiurandi. ff. de oper. libert. quod & Ca:us notat lib. 2. Inſtit. tit. 9.* Quare in alijs perſonis ſecùs ſtatuendum erit. Quod cùm ita Iure Ciuili conſtitutum ſit, id obtinere debet etiam iure Canonico, cum SS. Canonibus contrarium eſſe non appareat, *iuxta reg. cap. 1. & 2. de oper. no. nunc.*

Argumenta verò contrariæ opinionis hæc ſunt. Primum, ex c. cùm contingat, de iureiurand. in cap. quamuis, de pact. lib. 6. & in Authent. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. quibus in locis dicitur, pactum confirmari iuramento, & ſeruandum & cuſtodiendum eſſe iuramentum, quòd ſi uſt. à dici videretur, niſi actionem pareret; & obligationem. Reſpondeo. Nego conſequentiam. Nam iuramentum confirmat quidem contractum, & ſeruandum eſt, item ex contractu iurato naſcitur actio, ſed non ſequitur, ipſum per ſe ſolum iuramentum potens eſſe ad producendam actionem.

Secundum argumentum eſt ex leg. *ſi quis maior. C. de Tranſaction.* dum ibi dicitur, agi poſſe ad pœnam, aduerſus eum, qui contra Tranſactionem, iuramento firmatam venerit. Nam cùm ex Tranſactione agi non poſſit, *vt conſtat ex l. ſiue apud acta. C. eod.* ſequitur in ea ſpecie actionem oriri ex iuramento. Reſpondeo. Actionem ibi ad pœnam dari, quia intelligitur eſſe promiſſa per ſtipulationem, *ſicuti ibi notat Alciat. num. 66.* Adde quod iuramentum in ea ſpecie ad confirmandam Tranſactionem fuit interpoſitum, non autem promiſſioni pœnæ adiectum.

Tertium argumentum eſt ex eo, quod iuramentum dicitur habere vim conſenſus geminati, *vt notat gloſſ. in cap. cùm contingat, in verbo Debent, de iuretur.* Pactum verò geminatum actionem parere videtur, *arg. l. 1. §. debitum. ff. de conſtituta pecun. & l. vltim. C. ad legem Falc.* Reſpondeo, negando eam eſſe efficaciam iuramenti, quicquid allegata gloſſa doceat; nullo enim iure id probatur, vt animaduertit nouiſſimè Seraph. *de priuileg. iuram. priuileg. 9.* & ante eum Fel. *in c. ſi cautio, numer. 39. de fide inſtrum.* id nequaquam perpetuum eſſe dixit, quod dicitur, iuramentum æquiparandum actui geminato.

Quartum argumentum eſt ex *cap. vlt. de foro competenti, lib. 6.* vbi iurans compellitur per cenſuram Eccleſiaſticam ad iuramentum ſeruandum. Reſpondeo, ex hoc non ſequi actionem oriri, ſed officium Iudicis tantum.

Plura ſi quis ſcire cupiat de hac materia, conſulat Seraph. *de priuileg. 19. Zaſ. in Rubr. de verb. oblig. num. 12. Coraſ. ad l. admonendi, num. 12. ff. de iuretur. Couuar. de cap. quamuis, de pact. lib. 6. par. 1. Rubrica, §. 2. poſt num. 4. Cagnol. in d. l. ſi quis maior, num. 130. Alc. ibi. num. 64. Petr. Caleſac. ad l. iuriſgent. §. igitur nuda, num 56. ff. de pact. Cuiacium in paratitlis Codicis, ad titul. de rebus creditis, & iuretur.*

CAPVT CI.

Controuerſia tres ad explicationem l. pactum quod dotali. C. de pact.

P*Actum quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, vt ſi Pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat cum Fratre, heres Patri ſuo eſſet, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris Patri, potuit auferre.*]

Tria in controuerſiam veniunt. Primum. An & in pacto iurato idem ſit ſtatuendum. Secundum. An conſuetudine, vel ſtatuto effici poſſit, vt pactum valeat. Tertium. An ſi Pater inteſtatus deceſſiſſet, filia vigori pacti æqualiter cum fratre ſucceſſiſſet.

Quod attinet ad primum, ſunt qui affirmant tale pactum iuramento firmari, ſunt qui negant, ſunt denique qui dicunt, iuram. quidem tale pactum non firmari; ſed tamen iurantem, qui illud non obſeruat, eſſe periurum, *Vide Oſaſcum deciſ. Pedem.* 100. *Anton. Teſſaurum deciſ. Pedem.* 225. *Couuarr. in c. quamuis, in* 2. *part. in initio, num.* 2. *de pact. lib.* 6. *Andr. Gaill, lib.* 2. *Obſeru. c.* 126. *Seraph priuileg.* 20. *Doct. omnes in comment. huius loci.*

Affirmantis ſententię fundamentum eſt, quia iuram. ſolet contractus, & pactiones I. C. improbatas confirmare, *vt patet ex d. cap. quamuis, ex cap. cùm contingat, de iureiurand.* Omne enim iurament. eſt ſeruandum, &c. *vt in dictu locis.*

Negantis verò ſententiæ fundamentum eſt, quia non eſt obligatorium contra bonos mores præſtitum iuramentum, *cap. non eſt obligatorium, de reg. iur. lib.* 6. Videtur autem eſſe, contra bonos mores tale pact. *l. ex eo. C. de inutil. ſtipulat. l. ſtipulatio hoc modo. ff. de verbor. obligat.*

Tertiæ denique ſententiæ fundamentum eſt in aliquibus deciſionibus, quibus conſtitutum eſt, ea quæ contra iurament. geſta ſunt, valere, ſed iurantem eſſe periurum. *Vide gloſſ. in c. vlt. in verbo Reuocatus, de proc. lib.* 6. *& in c. vltima voluntas,* 13. *q.* 2. *& text. in c. ſicut ex literis, de ſponſalib.*

Mihi ſententia, quæ negat, videtur eſſe probabilior, eo potiſſimùm argum. quod pactis priuatorum, etiam iuramento firmatis, iuri publico derogari non poteſt, *c. ſi diligenti, de foro competenti*. Iure autem publico ita conſtitutum eſt, vt & libera ſit teſtam. factio, & ſolennis, quod quidem ius, *l.* 3. *ff. de teſtam.* Mutaretur autem, ſi huiuſcemodi pacta valerent, quia & libera teſtandi facultas impediretur, & hæreditatem quis ex pacto conſequeretur, citra vlla teſtamentorum ſolennia, quę omnia publico iuri aduerſantur.

Non obſtat quod dicitur de vi, & efficacia iuramenti: Nam iuramentum temerarium, ac illicitum non obligat. *c. ſicut ex literis, cap. quemadmodum, cap. Quintaualliis, de iureiurand.* Videtur autem eſſe hoc in caſu temerarium, & illicitum, vt patet; Neque verò in allegatis locis pacta confirmantur iurament. quæ iuri publico aduerſentur, & bonis moribus.

Quod attinet ad ſecundum. Conſuetudine, vel ſtatuto obtineri poſſe, vt eiuſmodi pacta valeant, reſponderunt Bald. *in l. cùm Archimedoram. C. vt in poſſeſſ. legat.* Alciatus, & Dec. *in d. l. pactum quod dotali*, & alij *ab Ant. Teſſauro citati, d. deciſ.* 225. *num.* 12. Quorum fundamentum eſt in c. 1. §. *filij nati, ſi de feudo fuerit controuerſia inter dominum, & agnatum*, ibi: [*Nam quamuis ratione improbetur talis conditio vſu tamen admittitur.*]

Huc accedat, quòd nemini dubium ſit, ſtatutum valere contra ius commune, quia ius ciuile mutari poteſt, §. *ſed naturalia, Inſtit. de iure nat. gent. & ciu.* Similiter & conſuetudo, *l. de quibus. ff. de legib.* Quod ſi talis conſuetudo, vel ſtatutum exiſtat, quo pacto huiuſmodi approbentur, non videbuntur eſſe ampliùs contra bonos mores, *argumento l. item apud Labeonem, verſicul. Sed quod adjicitur*, ibi: *Aduerſus bonos mores Ciuitatis. ff. de iniurijs.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Alex. & Iaſ. *in d. l. pactum quod dotali*, nec nõ alij quidam, *ab Anton. Teſſauro commemorati, loco ſupradicto*, quorum illud eſt argument. quod talia pacta dicuntur eſſe contra bonos mores conſequenter, ſi lege Municipali, vel

li, vel Conſuetudine approbentur, id iniſtitiæ repugnare videtur, lex autem debet eſſe iuſta, *c. erit autem lex, 1. diſt.*

Ego puto hanc rem pendere ab ea quæſtione, Vtrum conſuetudo contra ius ſcriptum valeàt. Nam valere indicat text. *in l. de quibus. ff. de legib.* Non valere probat *l. 2. C. quæ ſit longa conſuetudo.*

A priori ſententia facit Duarenus *in comment. ad tit. de legib. c. 12. & alibi.* A poſteriori Connan. *lib. 1. comm. iur. c. 10.* & Cuiacius *ad lib. 2. de feudis, in principio.*

Ego ſanè ſic ſtatuo, ſi ſtatutum ex iuſta cauſa pro vtilitate loci, & commoditate talia pacta recipiat, illud procul dubio valere & ſeruandum eſſe. Conſtat enim leges Municipales, quæ ſtatuta appellantur, non rarò iuri communi aduerſari, *l. omnes populi, ff. de Iuſt. & iur.* De conſuetudine verè idem ſtatuo, ſi ſit rationabilis, & legitimè præſcripta, autoritate Gregor. IX. *in c. vltim. de Conſuet.* ita dicentis:] *Licet etiam longæuæ conſuetudinis non ſit vilis autoritas, non tamen eſt vſque adeò valitura, vt vel iuri poſitiuo debeat præiudicium generare, niſi fuerit rationabilis, & legitimè præſcripta.*

Ad tertium quod attinet. Non pauci neque obſcuri nominis Iuriſconſulti cenſuerunt; filiam ęqualiter ſucceſſuram Patri, inteſtato morienti vnà cum Fratre, in ſpecie huius legis, eo argum. quod Patris voluntas inter liberos ſit ſeruanda, quoquo modo de ea conſtet, ſiue ex teſtamentis, ſiue Codicillis, ſiue per Epiſt. ſiue per aliũm quemcunque modum, *l. vltim. C. familiæ herciſcundæ.* Hoc autem in caſu conſtare videtur ex pacto, vt patet.

Huc accedat Leonis Imperatoris Nouella 19. *titu. de pact. patern.* quæ talia pacta paterna veluti iuſta, & inter liberos æqualitatem inducentia approbat & laudat. Nec à Patre reuocari poſſe ſtatuit; *ita docent Alexand. & Iaſ. in d. l. pactum quod dotali, & alij quos refert, & ſequitur deciſ. Pedemont. ſupradicta, Anton. Theſſau. 225.*

Sed mihi contraria ſententia longè probabilior videtur, quam ſecuti ſunt Caſtr. & Deciſ. *in d. l. pactum quod dotali,* necnon Vaſquius *alios commemorans, de Succeſſionum progreſſu, lib. 2. §. 18. num. 193.*

Moueor autoritate d. l. *pactum quod dotali;* vbi dicitur, tale pactum nullam obligationem contrahere. Si enim hæreditatis partem filia vendicare poſſet, certè obligationem tale pactum induceret.

Nec obſtat l. vlt. *C. famil. herciſcund.* quia fateor ſeruandam eſſe Patris voluntatem in liberos, ſi modò de eo conſtet, ijs modis, qui à lege non reprobentur. Talis autem modus quo hæreditas pacto datur, à lege prorſus reprobatur, *l. hæreditas. C. de pact. conuent.* Codicillos verò, epiſtolas, ſchedulas, & ſimiles modos, quibus de patris voluntate conſtare poteſt, lex non reprobat.

Porrò, quod attinet ad Leonis Imperatoris Nouellam, illa ſufficere poteſt reſponſio, quod Iuri noſtro, & Codici Iuſtinianeo inſerta non ſit, ac proinde legis vim non habeat, immò verò, cùm ſit contraria d. l. pactum quod dotali, nulla prorſus eius ratio habenda eſſe videtur.

AN-

ANDREÆ FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER TERTIVS.

CAPVT PRIMVM.

An interpretationem l. ſi curatorem habens, C. de in integrum reſtit. Controuerſia vna.

SI curatorem habens minor quinque & viginti annis, poſt pupillarem ætatem res vendidiſti, hunc contractum ſeruari non oportet. Cùm non abſimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à Prætore curatore dato bonis interdictum eſt; Si verò ſine curatore conſtitutus, contractum feciſti, implorare in integrum reſtitutionem ſi nondum tempora præfinita exceſſerint, cauſa cognita non prohiberis.] Hactenus Diocletianus & Maximianus.

Hic illud controuertitur, quomodo ſit accipiendum, quod in text. habetur; Minorem curatore carentem res vendere poſſe. Et, vt mihi videtur, inter omnes conſtat, de immobilibus accipiendum non eſſe; quoniam abſque decreto iudicis alienari non poſſunt, *vt patet ex l. non ſolum, ex l. minorum, ex l. minorum, ex l. ſi prædium, ex l. ſi ad reſoluendum. C. de prædijs minor. ex l. 2. C. de his qui veniam ætatis impetrauer. & in l. pen. eod. tit. & in l. 2. C. quando decreto opus non eſt, & ex alijs argumentis, quæ prolixè adfert Vaſquius de ſucceſſionum creatione, lib. 1. tit. de teſtandi poten. §. 10. numer. 73. Roland. à Valle, in conſil. 54. lib. 2.* Octauius Simoncellus *de decretis, tit. 8. Inſpect. 2.* qui perperam allegat Aretinum, Fabrum & Riminaldum, *in §. nunc admonendi, in Inſtit. quib. aliena. licet vel non,* tanquam contrariæ ſententię autores, cùm priorem ſententiam amplectantur, licèt Aretinus dixerit verba textus contrarium innuere, vbi videlicet, *res vendidiſti.* quæ verba ſunt generalia, & tam de immobilibus, quàm de mobilibus accipi poſſunt, quod & Franciſcus de Caldas dixit *in Commentario d. l. ſi curatorem habens,* ſequens tamen ſententiam ſuperiorem *in verbo, Res, num. 2.*

Illud igitur eſt controuerſum; an intelligenda ſint illa verba textus de his rebus mobilibus, quæ ſeruando ſeruari poſſunt.

Affirmantem ſententiam ſecuti ſunt Aretin. Faber & Rimin. *in d. §. admonendi,* & Franc. de Caldas *loco proximè citato, in fine.*

Negantem verò Simon, & Vaſquius *locis annotatis, ille num. 21. iſte num. 74.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia res tantùm immobiles alienari prohibentur abſque decreto: res verò mobiles nequaquam; immò alienari poſſe argumento eſt lex iſta: Si enim de immobilibus intelligenda non eſt, vt ſaltem de mobilibus intelligatur, neceſſe eſt.

Poſterioris autem ſententiæ argumentum potiſſimùm eſt in l. lex quæ tutores, C. de adminiſtrat. tut. vbi etiam mobilia pretioſa, & quæ ſeruari poſſunt, alienari tutoribus & curatoribus prohibentur abſque decreto.

Reſpondet Riminaldus, eam legem non loqui de ipſo minore adulto qui alienauit, ſe de tutore & curatore alienantibus abſque decreto.

Sed vt mihi videtur, non rectè, quia minor adultus curatore carens, plus iuris non habet circa rerum ſuarum alienationem, quam curator eius, cùm curatorem habet. Et cùm ipſe minor vnà cum curatore alienare non poſſit tales res immobiles abſque decreto, abſurdum eſt exiſtimare, cum ſolum,

ſolum, curatore carentem, poſſe. Niſi aliud magis etiam abſurdum dixeris; Nempè curatorem ſolum alienare non poſſe, vnà cum adulto poſſe, quaſi ipſius adulti curatorem habentis, qui non abſimilis ei, cui bonis interdictum eſt, in alienatione talium rerum magna ſit habenda ratio.

Poſteriorem igitur ſententiam lubens amplector, priorem verò non vero niti fundamento, magis eſt vt opiner.

CAPVT II.

Vtrum minor auctore tutore alienare poſſit abſque decreto Iudicis poſſeſſionem rei immobilis.

SVnt complures magni nominis Doctores, qui minorem autoritate tutoris interueniente, alienare poſſe crediderunt, poſſeſſionem nudam rerum immobilium abſque decreto Iudicis. Ita enim docuerunt Bart. *in l. 2. §. ſi à pupillo. ff. pro emptore.* Alex. *in l. poſſeſſionem pupillus, num. 3. ff. de acq. poſſ.* Tiraq. *de legib. connub. gloſ. 5. numer: 170.* Petr. de Rauenna, *ſing. 542. Tuſcis.* Iaſ. *in l. 1. §. ſi vir vxori, num. 14. ff. de acq. poſſ.*

Quibus adſtipulatur primò, quòd non dicitur alienare, qui poſſeſſionem omittit, *l. non alienat. ff. de reg. iur.*

Secundò, text. à contrario ſenſu in l. poſſeſſionem pupillum, ff. de acq. poſſeſſ. Nam cùm dicat, poſſeſſionem pupillum amittere non poſſe ſine tutoris autoritate, à contrario ſenſu innuit, cum tutoris autoritate poſſe.

Tertiò, adſtipulatur text. *in l. 2. §. ſi à pupillo. ff. pro emptore.* vbi, ſi à pupillo emero ſine tutoris autoritate, quem puberem eſſe putem, vſucapio ſequitur. Conſequenter in emptorem poſſeſſio transfertur, quia ſine poſſeſſione vſucapio non procedit. Debet autem argumentum ſumi, intelligendo text. *vt ibi per gloſ.* Nempè pupillum cum autoritate tutoris tradidiſſe rem venditam, licèt abſque autoritate vendiderit.

Sed iſtis non obſtantibus, contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, quam ſecuti ſunt Bart. *in l. creditores, num. 5. C. de pigno.* Hippol. Rimin. *in §. 2. numer. 38. Inſtitut. quibus alien. licet vel non.* Simonc. *de decretis, parte 2. inſp. 8.*

Probatur hæc ſententia ſatis luculenter ex l. *magis puto. §. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tutela vel cura ſunt,* vbi I. C. [*Si pupillus fundum bona fide emptum poſſideat, dicendum puto nec hunc alienare tutores poſſe.*] Hic non alienatur fundus, ſed poſſeſſio fundi, & tamen alienari non poteſt.

Quod verò dicitur, eum non alienare, qui poſſeſſionem omittit; nihil obſtat: quia aliud eſt poſſeſſionem omittere; aliud in alium transferre. Is enim, qui occaſione acquirendi non vtitur, non intelligitur alienare, *vt in l. alienationis, 28. ff. de verb. ſign.* Et ideo ait lex duntaxat *omittit.* Non etiam ad alium transfert, vt optimè adnotauit eruditiſſimus Petrus Faber, *in Commentarijs ad d. Regul. non alienat.*

Argumentum autem à contrario ſenſu ex d. l. poſſeſſionem pupillum, nihil mouet: quia ita ſumi poteſt, vt nimirum cum autoritate tutoris poſſeſſionem pupillus transferre poſſit, ſcilicet, adhibitis alijs ſolennibus, nempè iudicis decreto, & cauſſa iuſta. Sic & *in l. 1. ff. quæ res pignori obligat. non poſſunt,* textus dicit. Pupillum ſine autoritate tutoris hypothecam dare non poſſe, & tamen nec cum tutoris autoritate poteſt ſine decreto Iudicis, *vt optimè ibi not. Gloſ.*

Denique illa Gloſſæ expoſitio *in d. §. ſi à pupillo,* mera diuinatio eſt, & ex errore facti procedit in ea ſpecie vſucapio, & poſſeſſionis acquiſitio.

CAPVT III.

Vtrum minor abſque decreto & alijs ſolennibus, rem immobilem alienare poſſit, ſi ea alienatio vtilis ſit.

NOn deſunt magni nominis Doctores, qui alienationem à minore factam abſque decreto, ob vtilitatem valere contendant, quos recenſet copioſè Tiraq. *de legibus Connubialibus gloſ. 8. numer. 68. q. 8.* & Simoncel. *de Decretis, parte 2. inſpect. 17.*

Eorum verò argumenta hæc ſunt. Pri-

mum eſt ex l. *cum hoc.* §. *eam tranſactionem. ff. de tranſactio.* vbi is, cui relicta ſunt alimenta, tranſigere poteſt abſque decreto Prætoris, ſi ei ſit vtilis tranſactio.

Secundum eſt ex eo, quod & ſententia ſecundùm minorem, licèt in defenſum, lata, valet; licèt contra eum lata, non valeat, *l. non ideo minus. C. de procurat.*

Tertium eſt ex l. *vltim. ff. de iure dotium.* vbi valet fundi dotalis alienatio propter vtilitatem mulieris.

Quartum eſt illud, quia vbi minor ſuam conditionem meliorem facit, & locupletior ex contractu efficitur, obligatur, *l. ſi pupilli. ff. de nego. geſtis. l. cui bonis. ff. de nouatio. l. pupillus.* §. *1. ff. de autor. tutor.*

Quintum argumentum eſt, quia decretum & cætera ſolennia ideo adhibentur, vt minorum vtilitati ſit conſultum, & vbi adhibentur, contractus præſumitur eſſe in vtilitatem pupilli & minoris. Cùm ergo clarum ſit; contractum eſſe vtilem, non videtur opus eſſe decreto, quia in claris non eſt opus coniecturis.

Cæterum hanc ſententiam impugnarunt multi, quos commemorat Simoncellus *loco annotato.* & manifeſtè falſam eſſe conuincit, text. in l. magis puto. §. ſi æs alienum, ff. de rebus eorum. [*Si æs alienum non interueniat,* ait text. *tutores tamen allegant, expedire hæc prædia vendi, & alia comparari, vel certè iſtis carere. Videndum eſt an Prætor eu debeat permittere, & magis eſt, ne poſſit. Prætori enim non liberum arbitrium datum eſt diſtrahendi res pupillares, ſed ita demùm, ſi æs alienum immineat.*] Concordat text. in l. ob æs. C. de præd. minor. quem text. perperam interpretatur Alciat. *lib. 4. Diſpunct. cap. 5.* Multum etiam facit ab hac ſententia text. in l. ſi fundus ſterilis, ff. eod. tit.

Nec difficile eſt ad argumenta in contrarium reſpondere. Nam ad §. eam tranſactionem, clara eſt reſponſio, quia eam tantùm tranſactionem oratio improbat, quæ iccirco fit, vt pecuniam repræſentatam alimentarius conſumat. Quare ſi non ex tranſactione eam conſumat, ſed potiùs meliorem ſuam cauſam reddat tranſactio non improbatur. At hic improbatur alienatio, etiam vtilis & fructuoſa pupillo, & tantùm illa permittitur, quæ fit æris alieni diſſoluendi gratia.

Ad ſecundum reſpondeo: ſententiam valere pro minore latam, quia non ob aliam cauſſam ei curatorem dari lex voluit, quam vt defenderetur, ne cauſſam amitteret. Quare cùm victor eſt, meritò ſententia valet, quia ceſſat ratio legis. Nec quod fauore introductum eſt, in odium retorqueri debet.

Ad tertium autem, ex l. vlt. ff. de iure dotium, reſpondeo, fundum dotalem ibi alienari, vt creditoribus ſatisfiat, quod & in fundo pupillari facilè reciperetur.

Ad quartum concedo, pupillum obligari, quatenus ex contractu locupletior efficitur; ſed hic non agitur de obligatione minoris, ſed de rei alienatione, quæ hoc in caſu permiſſa non eſt.

Ad quintum reſpondeo, alienandi facultatem eo duntaxat caſu eſſe permiſſam quo æs alienum vrgeat, vnde ea cauſſa ceſſante, non valet etiam cum decreto Prætoris.

Capvt IV.

Vtrum minori in integrum reſtitutio concedenda ſit ob læſionem non enormem, ſed non minimam tamen.

Sfortia Oddus *in tracta. de in integr. reſtitut.* controuerſiam hanc quæſtionem tractat *in 1. part. q. 4. artic. 12.* & copiosè omnium Doctorum ſententias refert, quorum aliqui reſtitutioni locum eſſe propter modicam læſionem, non tamen minimam, dixerunt. Aliqui negarunt, Aliqui verò, inter quos eſt & ipſe Oddus, hanc rem arbitrio Iudicis definiendam putarunt.

Et ſanè, vt mihi videtur, hac de re clara legis definitio non eſt in promptu. Etenim, ſunt leges, quæ damnum grande, ſiue enorme requirunt, vt proinde argumento ſint, mediocre damnum non ſufficere, *vt in l. penult. ff. de minor. in l. ſi ex cauſa. ff. eo. in l. 1. C. ſi aduerſus vend. pignor.* quanquam ex duabus poſterioribus, quia in ſpeciali caſu loquuntur,

tur, contrarium aliqui argumentum ſumant. Sunt leges, quæ propter nimiam quantitatem reſtitutionem negant, *vt in l. ſcio. ff. de integ. reſt.* vt proinde argumentari liceat eſſe concedenda, vbi læſio non eſt minima.

De mediocri læſione & damno planè nulla expreſſa lex. Ego tamen in eam ſententiam ſum procliuior, quæ reſtitutioni fauet propter modicam ſeu mediocrem aliquam læſionem, autoritate l. minorib. 6. ff. de minoribus. [*Minoribus*, inquit, *viginti-quinque annis, ſubuenitur per in integrum reſtitutionem, non ſolùm cùm de bonis eorum aliquid minuitur, ſed etiam cùm interſit ipſorum litibus & ſumptibus non vexari.*]

Secundò autoritate l. 8. *ff. eodem tit.* ibi: [*Dum elegerit deteriorem:*] Item ibi [*Et pretiorem dederit.*] quibus ſanè verbis oſtenditur minorem eſſe reſtituendum, ſi elegerit rem deteriorem, vel ſi pretioſiorem dederit quibus in caſibus fieri poteſt, vt non magna contingat læſio.

Tertiò autoritate *l. patri. § item ex diuerſo. ff. eod. tit.* vti patet minorem reſtitui, ſi rem minore pretio, quàm oportuit, vendiderit. Nec diſtinguit lex an magna fuerit læſio vel modica circa pretium.

Ad leges qui requirunt grande damnum, reſponderi poteſt, eas loqui de venditione facta in caſibus à lege non prohibitis, ſed permiſſis, puta de venditione pignoris, meritò tunc grandis læſio requiritur, vt in integrum reſtituatur minor. Hæc mea eſt de re perquam obſcura ac difficili coniectura ac ſententia.

Capvt V.

Minor viginti quinque annis Iuriſperitus ſi ex contractu læſus fuerit, vtrum in integrum reſtitui poſſit.

Communior eſt Doctorum ſententia; Minorum quinque & viginti annis Iuriſperitum ex contractu læſum, in integrum reſtitutionem poſtulare non poſſe, *ſicuti autoribus allatis fidem facit Sfortia Oddus, de reſtit. in integrum, parte 1. quæſt. 23. art. 7.*

Argumenta ſunt iſta. Primum, talis Doctor reſtitutionem petens turpitudinem ſuam allegaret: turpe eſt enim in iure verſanti ius ignorare, *l. 2. §. Quintus Mutius. ff. de orig. iuris.*

Secundum; quia Iuriſprudentia eſt diuinarum atque humanarum rerum notitia, *l. Iuſtitia §. Iuriſprudentia. ff. de iuſt. & iur.* Qua fronte ergo is, qui rerum diuinarum atque humanarum notitiam profitetur, ſe læſum eſſe, ac proinde reſtituendum allegare poterit?

Tertium argumentum eſt ex l. *Regula, §. ſed iuris. ff. de iuris & facti ignor.* ibi: [*vel ſua prudentia inſtructus ſit, &c.*] Itaque profeſſio hoc in caſu, & petitio repugnare inuicem videntur, *vt alibi dicit text. in l. profeſſio. C. de minorib. patrim. lib. 10.* Et hic ſcientia ætatem ſupplet, *l. 3. C. ſi minor ſe maiorem dixerit.* Quare, vt ex Cicerone & alijs conſtat, olim Iuriſperiti non ſolùm de iure, ſed etiam de filia collocanda, de agro emendo, ac de omni alio negotio & officio conſulebantur.

Verùm iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam probabiliorem ac iuri magis conſonam exiſtimo, quàm & nouiſſimè defendit Franc. Sarmientius *lib. 3. Select. interpret. cap. 12.*

Probatur hęc ſententia argumento ſumpto ex l. 1. C. qui, & aduerſus quos, vbi Alex. Imperator docet, etiam ſi quis diligens paterfamilias ſit, actibusque publicis ita ſe induſtrium probauerit, vt lapſum eum per ætatem veriſimile non ſit, tamen ſi cauſa cognita circumuentus deprehendatur reſtituendum eſſe: [*In conſilio quidem cognoſcentis*, inquit, *de reſtitutione in integrum eſſe oportet, & num is, qui ſe minorem annis læſum eſſe dicit, diligens paterfamilias fuerit, actibuſque publicis induſtrium ſe docuerit, vt lapſum eum per ætatem veriſimile non ſit. Verùm ſi cauſa cognita circumuentus deprehendatur propter hoc ſolum, velut præſcriptione à ſolito auxilio remoueri non debet ſcilicet, quòd vrgentibus patriæ neceſſitatibus decurio minor annis creatus ſit.*] Hactenus ille. Ad eandem ſententiam alludunt Vlpiani verba, *in l. 1. ff. de minor.* ibi: [*Neque ante committi rei ſuæ adminiſtratio eis debebit, quamuis benè rem ſuam gerentibus, &c.*]

Si ergo, licèt veriſimile non ſit, talem minorem propter iuris peritiam contrahentem circumueniri, tamen ſi circumuentus appareat, reſtituendus erit in integrum.

Non obſtant argumenta in contrarium, quia aliud eſt ſcientia iuris, aliud in rebus agendis prudentia, quæ non ex Iuriſconſultorum libris, ſed ex vſu, & experientia comparari poteſt. Nec enim iuriſprudentia eſt ea rerum humanarum ſcientia, de qua agitur. Neque verò crediderim olim tales Iuriſconſultos de omni negotio & officio reſpondiſſe, qui nondum annos perfectæ ætatis compleuiſſent.

Capvt VI.

Iuramentum an repetitum cenſeatur, prorogatione temporis debitori facta ad ſoluendum.

Si debitori, qui iurauit ſe ad certum tempus ſoluturum, tempus prorogetur, an ipſum etiam iuramentum repetitum videatur, controuerſi iuris eſt.

Et quidem repetitum cenſeri reſponderunt Bald. *in c. cùm venerabilem, colum. penult. de elect.* Bartolus licet ſubobſcurè *in l. cùm ſtipulatus ſim mihi Procule. ff. de verb. obligat. & in l. 2. §. Et poſt operis, & ibid. Alex. colum. 3. & Iaſ. num. 8. Caguol. in l. Lecta, num. 26. ff. ſi cert. peta. Felin. in c. 1. colum. 2. verſ. vtrum autem creditor. de iureiurand. Capella Tholoſana deciſ. 181. Boer. deciſ. 284. numer. 11. nouiſſimè Seraphinus Senenſis de priuilegijs iuramenti priuileg. 22. numer. 88. Couuarr. in rubr. de pact. in princ. poſt numer. 6. verſic. quinto, vt difficultatem.* Non ignoro alios ab Antonio Gabrieſio citari, *comm. concluſ. tit. de Dilationib. concluſ. 2. num. 11.* Sed ij loquuntur in alia ſpecie, de qua dicam in ſequenti capite.

Argumenta huius ſententiæ hæc ſunt. Primum eſt ex communi quadam regula. Prorogationem factam cenſeri cum eiſdem qualitatibus, quas habet prior obligatio, *l. lecta. ff. ſi certum peta. l. etſi manente. ff. de precario.*

Secundum argumentum eſt l. item quæritur. §. qui impleto. ff. locati. vbi reconductio facta videtur cum eiſdem obligationibus. Sic enim ait textus: [*Qui impleto tempore conductionis remanſit in conductione, non ſolùm reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignorum videtur durare obligatio, &c.*]

Tertium argumentum ſumitur ex doctrina Innocentij, *in c. prætereà requiſiuiſti, de appellatio.* vbi tradit præcepto debitori facto, vt ad certum tempus ſoluat ſub pœna excommunicationis, ſi prorogetur tempus à creditore, prorogationem factam cenſeri ſub eadem pœna excommunicationis.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Decius *in c. de cauſis, poſt numer. 7. de officio de leg.* Cardinalis *in Clem. 1. §. nos itaque, 4. 3. de iureiurand.* Berous *q. 100. ad finem.* Eiuſdem ſententiæ commemorantur Iaſ. *in l. lecta. ff. ſi cert. pet.* & Catellianus Cotta *in memorabilibus, in verbo, Iuramentum interpoſitum*, qui tamen parùm ab hac ſententia facere videntur.

Fundamentum verò eſt in c. penult. de iureiurand. [*Clericus*, (inquit Gregorius) *qui iurauit ſe ſtatuta in Eccleſia ſua edita ſeruaturum, promittens per idem iuramentum, ſtatutum, quod poſtmodum ſecutum eſt, fideliter obſeruare, licèt tranſgredi non debuerat, quod promiſit, non tenetur ad illius obſeruantiam ex debito præſtiti iuramenti.*]

Ego priorem ſententiam veriorem eſſe cenſeo. Nam quod Gregorius ſtatuit *in d. c. penult.* ad hanc ſpeciem non pertinet, ſed ad eam, in qua de iuramento extendendo agitur ad nouam, & diuerſam rem. Aliud eſt enim ſtatutum iam editum, Aliud poſtea ſecutum. Quare iuramentum præſtitum de ſeruandis ſtatutis iam editis, extendi non poteſt ad ſtatuta poſtea edita, quæ ſunt diuerſa, & non eadem cum prioribus. Sed in quæſtione noſtra licèt terminus ſolutionis prorogetur debitori, manet tamen eadem obligatio, quia prorogatio nihil detrahit, nec mutat priorem obligationem, ſed duntaxat tempus addit nouum. Atque ita cenſeo.

Capvt

Caput VII.

Iuramentum an cenſeatur repetitum prorogatione compromiſſi facta.

SI certum tempus compromiſſo adiectũ ſit, & iureiurando promiſſum ſit de ſtando & parendo arbitri ſententiæ, & poſtea compromiſſi tempus prorogetur, controuerti ſolet, an & iuramentum repetitum cenſeatur.

Et repetitum videri, autores ſunt Calcaneus *conſil.* 80. *num.* 15. Andreas Siculus *in conſ.* 31. *lib.* 1. & alij, *quos refert & ſequitur Boerius deciſ.* 284. *num.* 13. Huic ſententiæ adſtipulantur omnia argumenta, quæ ſupra in præcedenti capite & priore ſententia retulimus.

Cæterum, non videri repetitum iuramentum, autores ſunt Socin. ſen. *in conſ.* 99. *colum.* 2. *lib.* 3. Baldus *in conſ.* 436. *lib.* 1. *Marſil. Sing.* 300. *Ruinus in conſ.* 61. *num.* 38. & 39. *li.* 5. *Couar. in Rubr. de pact. in princ. num.* 6. *verſ.* 8. *ſi prorogatio. Alios citat Gabr. commun. concl. tit. de dilationib. concl.* 2. *n.* 12. *verſ. contrarium in iuramento, necnon Seraph. Senenſis de priui. iuram. priuileg.* 22. *num.* 71.

Fundamentum eſt in d. c. pen. de iureiu. cuius verba in ſuperiori cap. retulimus, & in eo, quod iuramentum verba requirat & ſcripturarum tactum.

Tertia eſt opinio diſtinguentium: aut prorogatio compromiſſi facta eſt ex partium conuentione, quæ ipſi compromiſſo inſerta fuerit, puta ſi arbitris certum tempus aſſignatum fuerit ad pronunciandum poteſtate eiſdem facta illud prorogandi, & tunc prorogatione temporis facta, repetitum cenſetur iuramentum. Aut prorogatio facta eſt ex partium quidē conuentione, ſed nequaquam ipſi compromiſſo adiecta, & tunc ſecus eſt dicendum. *Ita diſtinguit Blanc. de compromiſſis, quæſt.* 7. *numer.* 15. & 16. *Couar. loco annotato, verſ. Septimo hinc deducitur, & in verſ. ſeq. necnon Seraphinus loco proxime citato, num.* 84.

Prioris membri diſtinctionis fundamētum eſt, quia cum ea lege ſit cõpromiſſum, vt elapſo tempore ad pronunciandũ dato, arbitris liceat illud prorogare, tunc iuramētum de ſtando & parendo arbitri ſententiæ enim habet ſenſum: vt compromittentes iuraſſe intelligantur, ſe arbitrorum ſententiæ parituros, quandocunque proferretur, ſiue intra tempus poſtea prorogatum.

Poſterioris vero membri diſtinctionis fundamentum eſt in d. c. penultim. de iureiurando. & in alijs argumentis, quibus probatur iuramentum non extendi ad alium actum: item in eo, quod talis prorogatio videtur nouum compromiſſum inducere.

Sed non deſunt, qui & hanc diſtinctionem noua diſtinctione coarctent, vt nimirum locum habeat, vbi compromiſſi tempus prorogatur, antequam elapſum fuerit tempus ei præſtitum, ſecus ſi poſtea, quia tunc videtur eſſe nouum compromiſſum, *vti declarant Couar. loco ſupra annotato, verſ.* 6. *ſi certe, & Berous quæſt.* 100. *nu.* 12.

Verum iſti non reſpondent ad argumētum, quo probatur iuramenti compromiſſo adiecti eam eſſe vim, vt compromittentes obliget ad parendum arbitri ſententiæ, perinde ac ſi iuraſſent ſe parituros arbitri ſententiæ proferendæ tam in primo termino, quam in ſecundo.

Quare mihi tertia ſententia ſimpliciter probatur, & confirmari eiſdem fere argumentis poteſt, quibus ea ſententia nititur, quam in præcedenti cap. firmauimus, nempe iuramentum repetitum cenſeri, vbi debitori prorogatum eſt tempus ad ſoluendum.

Ad c. penult. de iureiur. ſuperius eſt reſponſum in præcedenti cap. Nec verum eſt iuramentum requirere verba, aut tactum ſcripturarum, vt dicemus in ſequenti.

Caput VIII.

Vtrum iuramentum requirat neceſſario verba.

IVramentum neceſſario verba requirere cenſuerunt Bart. *in l. & per iuſiurandum, ff. de acceptil. & in l. qui iuraſſe ff. de iureiur.* Alb.

 Fulg-

Fulg. & Roman. *ad l. 1 ff. de verb. oblig.* Alios citat Tiraq. *de legib. Connubialibus, Glo. 7. n. 18.* Quibus adde Auguſtinum Beroum, *q. 100. num. 4.* autoritate text. *in § ſed neque, in Auth. de mandatis Principum.* vbi Iuſtinianus ita dicit: [*Sed neq; hæc, quæ dicuntur verba, id eſt, Iuſiurandum prompte dare feſtines, &c.*] Item autoritate c. penult. de iureiurand. quatenus ibi S. Pontifex docet iuramentum non obligare, quo ad ſtatuta poſtea facta, quod non alia ratione accidit, niſi quia conſenſus iurantis non ſufficit, ſed verba etiam requiruntur.

Altera eſt ſententia: iuramentum non neceſſario verba requirere. Autores ſunt Petrus Iac. & Cyn. *in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vendit.* Panormitan. *in Rubr. de iureiur.* & Couar. *in Rubr. de pact. in prin. ſub num. 4.*

Fundamentum eſt: quia iuramentum præſtatur Deo, Deus autem nouit hominũ mentes & corda: licet non loquantur, *c. ſi quid inueniſti. 14. quæſt. 5. cap. erubeſcant. 32. diſtinct.*

Tertia eſt ſententia diſtinguentium: Aut in his verſamur, qui non poſſunt loqui, & tunc neceſſario verba non requiruntur, quoniam mutus iurare poteſt, quod patet: quia teſtificari poteſt, ſi ſciat ſcribere, *vt notat Gloſſ. in c. teſtes, in verſic. quæ nouerunt. 3. quæſt. 9. adducta l. diſcretis. C. qui teſtament. facere poſſunt.* is autem qui teſtificatur, iurare debet, *l. iuſiurandum, C. de teſtibus, c. tuis, c. fraternitatis, eodem titulo.* Aut in his verſamur, qui poſſunt loqui, & verba requiruntur.

Huius diſtinctionis autores ſunt Alexand. *ad l. 1 ff. de verb. oblig.* Caſtren. Aret. Iaſon. *in l. qui iuraſſe, ff. de iureiurand.* Et eam eſſe iuri valde conſonam, dicit Alciat. *in Rubr. de iureiur. num. 23.*

Mihi ea ſententia videtur probabilior quæ negat verba eſſe neceſſaria, & conſuetudine quoque recepta eſt reſte Alciato *loco proxime citato.*

Nec prioris ſententiæ fundamentũ obſtat, quia quod attinet ad text. *in § ſed neque, in Auth. de Mandatis Principum.* Nihil probat: Dicit enim Imperator ibi: Præſides non debere facile in longius tempus, quam triginta dierum ſecuritatis promiſſionẽ concedere, quem vulgo ſaluum conductum appellamus. Sic enim Holoander tranſtulit, Et recte fidem publicam, ſiue verbum & ſecuritatem publicam.

Ad text. *in c. pen. de iureiur.* reſponſio patet: quia iuramentum ibi clericum non obligat ad ſeruanda ſtatuta poſtea facta, non verborum defectu: ſed quoniam iuramentum is præſtiterat de ſeruandis ſtatutis conditis. Quamobrem tale iuramentum extendi non poteſt ad futura, ſed nouo iuramento & conſenſu opus fuit. Adferuntur, & alia quædam pro contraria ſententia, ſed leuiora ſunt, quam vt confutatione egeant.

CAPVT IX.

Conciliatio l. puberes. 101. ff. de verb. oblig. cum l. ſi curatorem, C. de in integ. reſtit. minor.

Sed vt reuertamur ad l. ſi curatorem habens, C. de in integrum reſtitut. minor. illud etiam controuertitur, quomodo ſit concilianda cum l. puberes. 101. ff. de verb. oblig. Dicit enim hæc: [*Puberes abſq; curatoribus ſuis ex ſtipulatu obligari poſſe.*] Illa vero minorem, qui curatorem habet, res diſtrahere non poſſe abſque curatoris authoritate.

Antiquorum interpretum communis eſt ſententia, l. 101. loqui de puberibus curatores non habentibus, vnde non diſcrepat à l. ſi curatorem habens, quoniam & illa vult adultum curatore carentem contrahere poſſe.

Non recte, quia text. dicit: Puberes ſine curatoribus ſuis poſſe ex ſtipulatu obligari. Illud verbum, ſuis, indicat Iuriſc. loqui de puberibus curatores habentibus.

Iacob. Cuiac. *in commentar. d. l. 101.* ita reſpondet, puberes, qui curatores habent, ex ſtipulatu obligari poſſe, vt ibi, ſed res ſuas diſtrahere non poſſe, vt in d. l. ſi curatorem: Quia curator datur rebus, vnde res diſtrahi non poſſunt eo non conſentiente.

tiente. Sed quo minus minor ſuam perſonam obligare poſſit abſque curatoris autoritate, nihil impedire poteſt, *facit quod habetur in l. ſciendum. ff. de ritu nupt.*

Cæterum Fran. Duaren. contra in comment. d. l. 101. [*Nec ſententiam eorum probo, inquit, qui diſtinguunt alienationem rer. ab obligatione perſon. cum Diocl. in Reſcripto ſuo de rer. venditione loquatur, ex qua perſonalis naſcitur obligatio, nec minus ſtipulatione, quam venditione res alienari poßint, ſi traditio ſequatur.*]

Non rectè Duaren. quia venditionis contractus non ſolum obligationem perſonæ continet, ſed rerum etiam diſtractionem, quare licet obligare ſe minor poſſit, non tamen res diſtrahere poteſt, quod fit per venditionem, & ſic argumentum Cuiacij non tollitur.

Quod vero res ex ſtipulatu poſſint alienari, ſi traditio ſequatur, nihil officit Cuiacij ſententiæ. Nam Iuriſconſ. *in d. l. 101.* non de tali ſtipulatione loquitur, quæ cum traditione tráſferat dominium rei, nec talem poteſtatem minori concedit abſq; curatore, ſed tãtum dicit obligari poſſe puberem ex ſtipulatu, quod eſt accipiendum de perſonali obligatione, iuxta naturam ipſius tituli de verb. oblig. non autem vbi ſtipulatio rerum continet alienationem, quia ſic repugnaret Diocletiani & Maximiani Reſcripto, *in d. l. ſi curatorem habens.*

Impugnat Cuiacij interpretationem Robertus Aurelia. *lib. 1. Animaduerſionum Iuris, cap. 12.* Sed reſpondet egregie Antonius Mercator in *Notis ad illud cap.* Nec illam reſponſionem euertunt, quæ idem Robertus replicat *in Notas Mercatoru.* Videat, qui cupit, neque enim mihi omnia referre in animo eſt.

CAPVT X.

Vtrum Conſtitutio Friderici Imper. quæ eſt in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. locum habeat in impubere doli capace.

QVod Imperator Fridericus ſtatuit *in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vendit.* locũ ſibi vindicare etiam in impuberum iuramentis, quando ſunt doli capaces, exiſtimarunt ibi Bartol. Caſtr. & Alexand. *in l. qui iuraſſe. ff. de iureiur. Rom. ad l. vt cui bonu. ff. de verb. obligat. Andreas Iſernia, & Afflict. in §. item Sacraméta puberum, tit. de pace iuram. firm. Afflict. deciſ. 322. & ibid. Vrſillus in addit. Panor. in conſ. 39. lib. 1. & in conſ. 108. lib. 2. Hoſti. Ioan. And. & Imol. in c. cum contingat, de iureiur. Arch. in c. quamuis, de pact. lib. 6. Dec. & Cagu. in l. pupillum, de reg. iuris. Cornu. in conſ. 240. lib. 1. Seraphinus Senenſis de priuilegiis iuramenti, priuil. 83. num. 24. & 25.*

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex eo, quod pupillus tenetur furti & periurij, *c. 1. de dilectu pueror. l. impuberum. ff. de furt. l. pupillum, de reg. iur.*

Secundum eſt ex c. ex literis, 2. de ſponſal. vbi dicitur, impuberes iuramento obligari ad matrimonium contrahendum.

Tertium ex l. vltim. ff. de liberali cauſſa. ibi, [*In eum, qui impubes iurauerit, ſcilicet, qui & iurare potuerit, danda eſt vtilis actio, &c.*]

Cæterum, contrariam ſententiam ſecuti fuere Gloſſa, Petrus, Cynus, Iacobus Buttrio, Baldus, Angelus, Fulgoſius, Alberic. & Iaſon *in dicta Authent. Sacramenta puberum, Alciat. in cap. cum contingat, num. 229. de iureiurand. Couar. in Epitome de ſponſal. part. 1. cap. 5. §. 1. num. 4.*

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia Friderici Conſtitutio loquitur de pubere, ergo non eſt trahenda ad impuberem.

Secundum eſt, quia iuramentum debet tres comites, Veritatem, Iuſtitiam, & Iudicium, *c. etſi Chriſtus, de iureiu.* Impubes autem non videtur habere iudicium, ſaltem plenum ac integrum, vt requiritur.

Tertium eſt ex eo, quod impubes voto non obligatur, *c. 1. de Regularib. lib. 6.* nec igitur iuramento.

Hanc ſententiam poſteriorem veriſſimam eſſe cenſeo: Eſt enim animaduertendum, non ſolum eam conſtitutionem de puberibus loqui, verum etiam continere maximum rigorem, quia mandat ſacramenta puberum ſuper alienationibus rerum ſuarum inuiolabiliter obſeruari, cum tamen

tamen alioqui alienationes fieri non poſſint abſq; decreto Iudicis, *vt patet ex toto tit. ff. de reb. eor. qui ſub tutela vel cura, C. de prædiis minor.* Quamobrem non defuere olim, qui Conſtitutionem illam damnarint, veluti Cyn. nec deſunt etiã hodie, *vt patet ex Duaren. in Comment. ad tit. C. de integr. reſtit. minor.* Ideo lex Friderici videtur eſſe intelligenda de ſolis puberibus, non etiam ad impuberes extendenda.

Ad argumenta facile reſponderi poteſt: Nam etſi delinquẽdo impuberes obligentur, vel etiam matrimonium contrahendo, aut in alijs caſibus, non tamen recte infertur eos etiam obligari, dum res ſuas alienant contra legis formam.

Caput XI.

Vtrum contractus iuramento confirmetur, cum alioqui eſt inualidus, an vero ipſum duntaxat iuramentum ſeruandum ſit.

SEd hic controuertitur, An contractus minoris ſuper alienatione rerũ, & aliorum, qui eſt alioqui inualidus, iuramento confirmetur.

Et ſunt qui negant confirmari, *ſicut Iaſ. in Auth. Sacramenta puberum, num. 37. C. ſi aduerſus vend. Alciat. in cap. cum contingat, nu. 116. de iureiur. vbi alios citat*: quorum fundamentum illud eſt, quod Leges & Canones dicunt iuramenta obſeruari debere, non autem cõtractus iuramento firmari, *vt patet ex d. Authent. Sacramenta puberum, & ex dicto cap. cum contingat.*

Cæterum, contraria ſententia, quæ tales contractus iuramento confirmari docet, mihi videtur & communior & probabilior. Primum ex cap. quamuis, de pact. li. 6. in illis verbis: [*Si tamen iuramento, &c. firmatum fuerit, omnino ſeruari debebit.*] Hæc verba referuntur ad ipſum pactum, & indicant illud iuramento firmari.

Secundo, ex l. 1. C. ſi aduerſ. vend. in illis verbis: [*Neque perfidiæ, neque periurij me authorem ſperare debuiſti.*] illud verbum (*Perfidia*) refertur ad contractum, vnde ſi iuramento non confirmaretur, nulla eſt perfidiæ deteſtatio, quia contractus minorum quinque & viginti annis ſuper alienationibus bonorum, ex Legibus & Conſtitutionibus infirmatur, daturque minoribus ea poteſtas, vt eos infringant, *vt in l. 1. & toto titulo, ff. de rebus eorum, &c. & C. de prædiis minorum.*

Tertio, hoc argumento moueor, quia ſi duntaxat iuramentum ſeruandum eſſet, & non etiam contractus confirmaretur, videretur eſſe cogendus is, cui iuramentum præſtatur, ad relaxandum tale iuramentum, veluti præſtitum in contractu nullo, & inualido, ac proinde illicito, ac non ſeruando, *argumento cap. 1. de iureiurand.* Quod tamen nullibi vel Canones, vel Leges inſinuant.

Atq; hanc ſententiam ſecuti fuere Bart. *in l. ſi quis pro eo, numer. 9. ff. de fideiuſſor.* Curt. *in conſ. 47. nu. 4.* & alij, *quos refert & ſequitur Couar. in c. quamuis, in 2. part. relect. §. 1. n. 7. de pactis, li. 6. & Seraph. Senenſ. aliis adductis de priuilegiis iuramenti, priuil. 61.*

Ad argumentum reſpondeo, vtrumque caueri, vt videlicet & iuramentum ſeruandum ſit, & contractus ipſe tanquam iuramento firmatus.

Caput XII.

Vtrum ex iuramento promiſſorio oriatur actio.

CElebris eſt controuerſia, vtrum ex iuramento, quod promiſſorium vocatur à Doctoribus noſtris, oriatur actio & obligatio. Quæ res vt melius intelligatur, prius differendum eſt, quid ſecundum ius Canonicum.

Quod attinet ad ius Ciuile, duæ ſunt Doctorum ſententiæ: Altera ex iuramento actionem & obligationem oriri: Altera vero non oriri actionem, neque obligationem, ſed officium Iudicis implorandum, quo is, qui iurat, compellatur ad obſeruandum iuramentum.

Prioris ſententiæ autores fuere quidam Vltramontani Doctores, *vt refert Bald. in l. 1. C. de operis libert. Item Ludouic. Romanus ad l. ſi*

quis

quis maior. C. de tranſact. & Io. Franc. Purpuratus ib. n. 21. Fortunius ad c. 1. de pact. n. 23. Io. Coraſius ad l. admonendi, nu. 12. ff. de iureiur. Didacus Couuar. in relect. Rubr. de pact. par. 1. §. 2. poſt nu. 4. & 5. Seraph. Senenſ. alios citans, de priuil. iuramenti, priuileg. 19. His addi poſſunt Zaſius in Rubr. ff. de verb. oblig. nu. 22. Sarmient. lib. 1. Select. interpret. c. 3. & Petr. Calephatus, ad l. iuriſgentium. § igitur nuda, n. 56. ff. de pact.

Poſterioris autem ſententiæ Autores ſunt Bart. *ad l. ſi quis pro eo, col. 2. ff. de fideiuſſor.* Imol. *in c. cùm contingat. n. 30. de iureiur. Corn. in Auth. Sacramēta puberum, ante n. 39. C. ſi aduerſus vend. Alex. in l. ſi quis maior, colum. vlt. C. de tranſact. & ib. Alc. nu. 64. & Cag. num. 130. Iaſ. in l. iuriſiurandum nu. 7. ff. de iureiur. Cuiac. in Paratitl. ad tit. C. de reb. creditis & iureiur.*

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum ex l. vt iuſiurandi, ff. de oper. lib. & ex l. vlt. ff. de liberali cauſa quibus eſt legibus apparet, ex iureiurando liberti obligationem oriri.

Secundum eſt ex d. Authent. Sacramenta puberum; & l. 1. C. ſi aduer. vend. & alijs ſimilibus locis, quibus ſtatuitur iuramenta eſſe inuiolabiliter obſeruanda, & eis confirmari contractus & pactiones. Videtur enim in conſequentiam dicendum, ex eis oriri actionem & obligationem.

Tertiū eſt ex l. ſi quis maior, C. de tranſact. quatenus ibi dicitur, agi poſſe ad pœnam conſequendam, quæ tranſactioni eſt adiecta. Nam cùm ex tranſactione non oriatur actio, *l. cùm proponas. C. de pact.* cur in ea ſpecie agi poſſit, iuramētum, quo tranſactio eſt firmata, in cauſa eſſe poteſt.

Quartum argumentum eſt ex l. quæ ſub conditione. §. quoties. ff. de condit. inſtit. & in l. hæc ſcriptura, ff. de condit. & demonſtrat. quibus in locis habetur, hæredem qui iurauit ſe daturum, vel facturum, compellendum eſſe ad dandum, vel faciendum.

Poſtremum eſt l. ſeruum. ff. de manumiſſ. teſt. in fin. ibi, [*Quia niſi poſt manumiſſionem iuret, non obligatur.*] & ex l. ſi quis decedens. §. Codicillis de leg. 3. ibi, [*Reſpondi ex his quæ proponerentur, ſcilicet cùm iuſiurandum dediſſe ſuper hoc teſtator affirmauit, credendum eſſe ſcripturæ.*] Citantur hæ leges à Sarmiento loco annotato.

Poſterioris autem ſententiæ præcipuum fundamentum eſt in l. Si quis pro eo, ff. de Fideiuſſor. [*Si quis pro eo,* inquit, *qui libertus non eſſet, & operas præſtaturum ſe iuraſſet, fideiuſſerit, non tenebitur.*] Nam ſi obligatio naſceretur ex iureiurando, fideiuſſor teneretur.

Poſterior hæc ſententia mihi verior videtur, non quidem eo argumento, quod iam allatum eſt. Illud enim egregiè confutant Couuar. & Sarmientus *locis annotatis,* ſed eo argumento, quod nullibi cautum reperitur, ex iureiurando actionem oriri, ſeu obligationem, præterquam in liberto, qui operas promittit, *l. iuriſiurandi, ff. de oper. libert.* Vlp. [*Vt iuriſiurandi,* inquit, *obligatio cōtrahatur, libertū eſſe oportet, qui iuret, & libertatis cauſa iurare.*] Vnde & Caius lib. 2. Inſtitutionum, tit. 9. [*Item & alio caſu,* inquit, *vno loquente & ſine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio. Id eſt, ſi libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas ſe daturū eſſe iurauerit. In quo ſuprà dicti liberti non tam verborum ſolennitate, quàm iuriſiurādi religione tenētur, ſed nulla altera perſona hoc ordine obligari poteſt.*]

Ex his patet reſponſio ad primum arg. eſt enim ita ſpecialiter in liberto conſtitutum, ex quo ſequitur, vt in alijs perſonis ſecus ſit dicendum.

Ad ſecundum reſpondeo, iuramento contractus confirmari, & ex eis actionem oriri, non autem ex iuramento confirmante, quia illud non eſt aptum, nec inuentum ad actionem producendam.

Ad tertium reſpondeo, pœnam peti poſſe in ſpecie d. l. ſi quis maior. quia per ſtipulationem promiſſa fuit; ſolebat enim olim adhiberi ſtipulatio pœnæ, *vt declarat Alciat. ibid. num. 66.*

Ad quartum reſpondeo, hæredem, qui iurauit ſe daturum vel facturum, compellendum eſſe, ſed non iure actionis deſcendentis ex iureiurando, ſed iure obligationis deſcendentis ex vltima voluntate defuncti.

Ad vltimum reſpondeo, illud in liberto loqui, quem diximus ex iuramento obliga-

ligari. Ad §. Codicillis. reſpondeo, non probari ex eo, quòd iuramẽtum actionem producat, ſed quòd ſcripturæ ſit credendum, propter iuramentum teſtatoris.

Quod verò attinet ad ius Canonicum, ex iuramento actionem oriri docuerunt Gloſſ. *in c. quoties cordis oculus, 1. q. 7.* Io. And. & Hoſt. *in c. cùm veniſſent, de inſtit. Bart. in l. ſi quis pro eo, col. 2. ff. de fideiuſſ. Fel. in c. 1. de iureiur. Fortunius in c. 1. n. 26. de pact. Coraſius in prælud. l. admonendi, n. 17. ff. de iureiur. Ant. Corſetus in rub. de iureiur. nu. 11. Alc. in c. cùm contingat, de iureiur. & in l. ſi quis maior, n. 68. C. de tranſact. Sarment. Select. interpret. c. 3. lib. 1. Couuar. Seraphin. & Calefactus in locis ſuperius annotatis.*

Fundamentum eſt in c. cùm contingat, de iureiur. & concordantibus, quibus dicitur contractus iuramento confirmari. Item in *c. debitores, & in c. eod. titul.* vbi is, cui præſtatur iuramentum, illud remittere poteſt, ex quo ſequitur, quòd actionem habeat. *Facit text. in c. ecce. 22. quæſtione 2. ibi, Non enim quando iuras, tibi, aut lapidi, ſed proximo tuo iuras.*

In contraria autem ſententia fuêre Innoc. *in c. nouit. de iud. & in c. cùm veniſſent, de inſtit.* Imolenſis *in c. cùm contingat, poſt nu. 31. verſic. Sed aduerte, de iureiur.* Iaſ. *in l. iuſiurandum, num. 8. ff. eod. tit.*

Fundamentum eſt, quia nullus locus proferri ex iure canonico poteſt, vbi probetur actionem oriri ex iuramento, immò per cenſuram eccleſiaſticam compellendum eſſe eum, qui iurauit, ad præſtandum, quod promiſit, docet S. Pont. in c. vlt. de foro comp. lib. 6. [*Cùm C. Laicus* (inquit S. Pont.) *pro quo ſoluiſti, &c. te ſeruare recuſet indemnem contra iuramentum, &c. ipſum coram Eccleſiaſtico iudice, &c. de iure poteris conuenire. Vt ipſum monitione præmiſſa, per cenſuram eccleſiaſticam, &c. præuia ratione compellat.*]

Hic ſententia mihi veriſſima videtur. Ad argumenta in contrarium reſpondeo, negando ſingulorum conſequentiam. Et ſi enim iuramento contractus confirmantur, non tamen ſequitur actionem ex eo naſci, quia iuramentum non eſt modus actionis inducendæ, & obligationis, ex qua oriatur actio.

Rurſus non eſt bona conſequentia. Iuramentum præſtatur parti, & illa poteſt remittere, ergo actionem habet. Nam ius habet pars, cui præſtatur iurament. vt poſſit per officium iudicis iurantem compellere ad ſeruandum iuramentum, & illud ius remittit, cum iuramentum remittit.

Capvt XIII.

De poteſtate ſecularis Principis relaxandi ſeu remittendi iuramentum, & de eo ſtatuendi.

INgens controuerſia eſt an liceat Principi ſeculari iuramentum relaxare, & remittere, ac de eo ſtatuere.

Sunt enim qui affirmant, *Accurſius in l. adigere, §. vlt. ff. de iure patr. & alij, quos commemorat. Iaſ. in l. vlt. ff. qui ſatiſd. cogant.*

Sunt qui negant, & quorum maior eſt numerus, *vt refert Iaſon. loco annotato, Couuarruuias ad c. Quamuis, de pactis, lib. 6. 2. part. Relect. §. 3. num. 7.*

Sunt qui ex cauſis iuſtis publicam vtilitatem reſpicientibus id licere contendant, *veluti Couuarruuias loco annotato, poſt alios quos citat.*

Sunt qui legem ſeu ſtatutum fieri poſſe dicant, vt iuramentum in certis contractibus non obliget, ſed præſumatur dolo extortum, *Bart. in l. omnes populi, numer. 24. ff. de iuſtitia & iure, alios citat Iaſon in dict. l. vltim. ff. qui ſatiſd. cogant. & Seraphin. priuil. 83. num.* 79. Nec deſunt, qui hanc etiam poteſtatem Principibus negent, *Ruinus in conſ. 51. num. 23. lib. 1.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in dicta l. adigere, §. vltim. [*Lege Iulia,* inquit, *de maritandis Ordinibus remittitur iuſiurãdum, quod liberto in hoc impoſitum eſt, ne vxorem duceret.*]

Confirmatur, quia parti eſt permiſſum iuramentum remittere, *vt in cap. 1. de iureiurand.* Ergo multò magis Principi, qui eſt Dominus.

Secundæ opinionis fundamentum eſt, *in c. nouit. de Iud. & in c. venerabilem, de elect.* ibi [*Vtrum verò iuramentum ſit licitum vel illicitum,*

tum, & ideò ſeruandum, an non ſeruandum extiterit, nemo ſanæ mentis ignorat ad noſtrum iudicium pertinere.]

Tertiæ opinionis fundamentum eſt ex l. quæ ſub conditione. §. ſi quis ſub iuriſiurandi, ff. de cond. Inſti. ibi, [*Et magis eſt, vt remitti iuriſiurandi debeat.*] & in l. 2. C. de indict. viduit. toll. ibi, [*Nullum concedimus fieri iuramentum, ſecundùm prædictam legem.*] Et in l. non dubium. C. de legib. ibi in fine, [*Nec Sacramentum admitti.*]

Quartæ opinionis fundamentum eſt, quia iuramentum dolo extortum, ſeu vi, non obligat, *c. quamuis, de pactis, lib. 6. c. cùm contingat, de iureiur.*

Quin autem poſſit lex ciuilis præſumere iuramentum dolo extortum, ex iuſta cauſa dubium non eſt, vt ſi contractus fiat abſque ſolennibus neceſſarijs, *l. quemadmodum, C. de agricol. & cenſitis, lib. 11.*

Poſtremæ ſententiæ fundamentum eſt, quòd iuramentum ſit res ſpiritualis, de quo proinde ſtatuere, ac diſponere non poſſit Princeps ſecularis, ſed Eccleſiaſticus duntaxat; quoniam illa poteſtas. [*Quicquid ligaueris ſuper terram, & quicquid ſolueris.*] data fuit Petro Apoſtolorum principi & Succeſſoribus, non autem laicis hominibus.

Ego diſtinguenda eſſe arbitror iura vetera à nouis; Nam ſecundùm leges veteres Principibus abſque dubio poteſtas de facto fuit remittendi iuramentum, & de eo diſponendi, ac ſtatuendi: ſicuti probant leges pro priore ſententia allatæ, & præclarè probat l. vlt. ff. ad Municip. ibi, [*Impp. Anton. & Verus ſcripſerunt, gratiam ſe facere iuriſiurandi ei, qui iurauerat ſe ordini non interfuturum.*]

Cæterùm ſecundùm Canones, ſolus Eccleſiaſticus iudex iuramentum relaxare poteſt, *vt in c. nouit, de iud.* quod vt ſeruetur æquum eſt, quicquid obloquatur Duaren. *in Comment. C. ſi aduerſus vend.* quia iuramentum præſtatur Deo, & res ſpiritualis eſt, quam tractare, & de ea diſponere ad eum ſpectat qui poteſtatem habet à Deo. Is autem eſt iudex Eccleſiaſticus.

Nec obſtat, quòd pars, cui præſtitum eſt iuramentum, illud remittere poſſit, quia illi eſt ius quæſitum ex iuramento promiſſorio, quod ius proinde remittere poteſt, & aliquando etiam debet, *vt in d. c. 1. de iureiur.* Ex quo non ſequitur, Principem ſecularem illud remittere poſſe. Nam neque illi iuramentum eſt præſtitum, neque ius quæſitum eſt ex eo.

Nullam itaque conſtitutionem laici Principis valere iudico de iuramento quouis modo relaxando, ſeu infirmando præcipientem, niſi ab Eccleſiaſt. autoritate robur accipiat.

CAPVT XIV.

Poſſitne minor grauiter læſus in integrum reſtitui aduerſus contractum iuramento firmatum, & abſolui à iuramento.

DISPVTATIO grauis, & perplexa eſt. Vtrùm minor aduerſus contractum iuramento firmatum reſtitui in integrum poſſit ob enormem læſionem?

Et quidem negant quamplurimi reſtituendum, multi affirmant. Nonnulli diſtinguunt inter læſionem enormem, & enormiſſimam. *Vide Doctores, in Authen. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. & in cap. quamuis, de pactis, lib. 6. vbi Didac. Couuar. in 3. part. §. 4. n. 3. Aut. Gabrielium commun. concluſ. tit. de iure dotium, concl. 1. num. 8. & 9. Pancirolum in conſil. 1. Menoch. in conſ. 401. lib. 1. Seraph. Senenſem de priuil. iuramenti, priuil. 136.*

Qui minorem reſtituendum negant, eo nituntur argumento; quòd iuramenta puberum inuiolabiliter obſeruanda eſſe, cautum ſit, *vt in dicta Authent. Sacramenta puberum, & alibi.* Nam ſi reſtituendus eſſet minor, non inuiolabiliter iuramentum ſeruaretur.

Huc accedat textus in l. 1. C. eodem tit. ibi, [*Neque perfidiæ, neque periurij me autorem futurum ſperare debuiſti.*] Eſt enim neceſſe affirmare in ea ſpecie minorem in integrum reſtitutionem poſtulaſſe, ſed quia iurauit Alexand. ait ſe nolle autorem eſſe periurij.

Cæterùm, qui affirmant, eo argumento vtuntur, quòd vbi tam enormis eſt læſio, videtur ibi dolus eſſe, *argu. l. ſi ſuperſtite, C. de*

dolo, l. ſi quis cùm aliter, ff. de verb. oblig. At vbi dolus interuenit, iuramentum non eſt ſeruandum, *vt in c. cùm contingat, de iuramen. ibi, Neque vi, neque dolo. &c. Et in d. c. quamuis, de pactis. in 6.*

Ego ſanè procliuior in hanc poſteriorem ſententiam ſum, quia iuramentum nõ debet eſſe vinculum iniquitatis, & iura ſubuenire ſolere enormiter læſis, ac deceptis, notius eſt, quàm vt probatione indigeat, *vt patet ex l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, ex l. maioribus, C. commun. vtriuſque iud. ex l. ſi quis cùm aliter. ff. de verborum oblig. & ex alijs locis.* Quare vt maximè iuramenta puberum contractum firment, ac corroborent, non tamen efficitur, aduerſus talia iuramenta negandam eſſe minoribus reſtitutionem, ſi læſi fuerint. Nam ſic argumentari licet. Minoribus læſis, ac deceptis iura ſubueniunt, ac in integrum reſtitutionem concedunt, *leg. 1. leg. minoribus, & toto ferè titulo, ff. de minoribus, & ff. de in integrum reſtitution.* Ergo & minoribus ita deceptis ſubueniendum erit, licet iuramento contractum confirmauerint.

Non obſtat iuramentum, quia illud facit, vt minori non liceat contractum inualidum reſcindere; Veluti quando abſque curatore ſuo rem diſtraxit, *l. ſi curatorem habens, C. de in integrum reſtit.* Vel ſi eum curatore rem immobilem diſtraxit. Neque enim valet alienatio abſque decreto iudicis, *vt dictum eſt ſuprà hoc eod. lib. c. 1.* ſed iuramentum operatur vt valeat, & ſeruandus ſit contractus. Quare ad argumentũ ſumptum ex l. 1. & ex Auth. *Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend.* reſpondetur, iuramenta quidem puberum eſſe inuiolabiliter ſeruanda, nec legem eſſe cauſſam perfidię, aut periurij, ad hoc ſcilicet, vt contractus reſcindatur tanquam nullus; non autem, quò minus in integrum reſtituatur pubes grauiter læſus: Iuramenti, ſcilicet, abſolutione obtenta, ad effectum (vt vocant) in integrum reſtitutionem petendi.

Sic enim ſtatuo, non eam fuiſſe mentem Friderici *in d. Auth. Sacramenta puberum,* & Alexand. *in dicta leg.* 1. vt vno verbo vniuerſum in integrum reſtitutionis beneficium minoribus, qui læſi ſunt, conceſſum, tollerent.

Quòd ſi quis ſecùs eſſe dicendum putet, eam ob cauſſam, quòd Imperator Alex. de in integrum reſtitutione loquatur, ſicuti & natura tituli oſtendit; huic reſpondetur, nullum eſſe verbum in d. l. 1. quo ſignificetur minorem illum, qui iurauerat læſum fuiſſe aut ſaltem enormiter læſum. Nam ſi læſus grauiter fuiſſet, non dixiſſet Imperator ſe autorem illi perfidiæ non futurum; Minoribus enim ita deceptis, legibus eſt permiſſum, non exequi promiſſa & aduerſus ea reſtitutionem poſtulare.

Non me latet controuerſiam eſſe non exiguam, an à tali iuramento peti poſſit abſolutio, *vt videre licet ex Iaſone in d. Authen. Sacramenta puberum, numer. 42. & ſequentibus alijs numer.*

Cæterùm, eorum ſententia magis probatur, qui affirmant peti poſſe, ea ratione qua & aliàs argumentatus ſum *lib. 1. cap. 16.* Nempè iuramentum eſſe relaxandum, vbi ſeruari non poteſt abſque peccato eius, cui præſtitum eſt, *vt in c. 1. & in c. debitores, de iureiur.* Neque enim debet eſſe iniquitatis vinculum, ſed tres Comites habere, Veritatem, Iuſtitiam, & Iudicium.

Porrò eum iniuſtè facere, & grauiter peccare, qui alterum contrahendo decipit, latè docet Couuar. *Variar. reſolut. lib. 2. cap. 4. num. 11.*

Fundamentum contrariæ ſententiæ in eo eſt poſitum, quòd Leges & Canones iubeant iuramenta inuiolabiliter ſeruari; Quid ni? Sed non ſequitur inde; quod ſubdunt; nempè abſolutionem peti non poſſe, quia etiam iuramentum de præſtandis vſuris eſt ſeruandum, vt in cap. debitores, de iureiurand. & tamen nemo negat, quin abſolutio peti, & impetrari poſſit, *vt in cap. eodem tit.*

Capvt XV.

Vtrùm fideiuſſor beneficium habeat excuſſionis, vbi iureiurando ſe obligauit.

Fideivssorem, qui iureiurando ſe obſtrinxit, excuſſionis exceptionem non

non habere cenſuerunt Baldus *in cap. Ex reſcripto, de iureiur.* & Anchar. *idem in ſexto notabili. Alex. in conſil. 32. col. vlt. verſ. Quarto principali fundamento, lib. 4. Capella Tholoſana deciſ. 130. Marſilius in rubr. de fideiuſſorib. num. 9. Gozadin in conſ. 32. num. 24. Ronchegallus ad l. 3. §. vbi duo, num. 127. ff. de duob. reis. Oſaſcus deciſ. 43. num. 4. & alij, vt per Seraphinum Senenſ. priuil. 88.*

Horum fundamentum eſt præcipuum in d. c. ex reſcripto, vbi Summus Pontifex debitori, ac fideiuſſori mandat vt ſoluat, & quidem ſimpliciter & abſolutè, non autem adhibita vlla diſtinctione, an principalis debitor excuſſus fuerit necne: [*Ideoque mandamus*, inquit, *quatenus tam Abbatem, &c. monere curetis, vt ſicut iurârunt, eandem conuentionem faciant adimpleri.*]

Cæterùm contrariam ſententiam habuêre idem Bald. ſibi non conſtans *in c. cùm contingat, col. 10. de iureiur.* Alexand. *ſibi contrarius in l. vltim. ff. ſi certum petatur, & ibidem Decius, & Iaſon. Felin. in d. c. ex reſcripto, Grammaticus, conſil. 170. Alciat. in d. c. cùm contingat, numer. 174. de iureiur. Couuar. in Relect. c. quamuis, in 2. parte, §. 4. num. 4.*

Fundamentum eſt, quia iuramentum ſequitur naturam actus, ſuper quo interponitur, *l. vltim. C. de non num. pecun.* Sed natura obligationis fideiuſſoriæ eſt, vt conueniri non poſſit ante principalem debitorem. Ergo, &c.

Et hanc ſententiam ego arbitror probabiliorem eſſe. Nec obſtat text. *in d. c. ex reſcripto.* quia non dicit ibi ſummus Pontifex, fideiuſſorem amittere beneficium legis, vt ſcilicet, principalis debitor in primis conueniendus ſit; Et licèt fideiuſſori mandet, vt ſoluat, id mandat etiam debitori. Nec tollit legis beneficium. Quod ſi iuramentum id efficeret, neceſſe erat id exprimere. Sicuti aliàs Summus Pontifex ſolet, cùm aliquid ſtatuit propter iuramentum, quod legibus repugnat, *vt patet ex c. cùm contingat, de iureiur. ex c. quamuis, de pactis, lib. 6. & alibi.*

Huc accedat, quod excuſſionis beneficium, & exceptio ſumma nititur æquitate, adeò, vt pium eſſe dicat Imperator in Nouella 4. [*Fideiuſſoribus, & ad genus hominibus auxilium ferre.*] Conſequenter cùm ius Canonicum æquitate potiſſimùm nitatur, haud quaquam veriſimile eſt, illud auferre iuranti beneficium, de quo agitur.

Alia quædam à Seraphino in medium afferuntur, ſed leuiora quàm vt confutatione egeant.

Capvt XVI.

Vtrùm Emphyteuta, qui Canonem Emphyteuticum ſe ſoluturum iureiurando promiſit, cadat iure ſuo, ſi vno duntaxat anno ceſſauerit in ſolutione.

Controuertitur, & illud inter Doctores circa vim & efficaciam iuramenti, Vtrum Emphyteuta, qui iuramento promiſit ſe Canonem ſoluturum, & primo anno non ſoluit, ſtatim expelli poſſit, etiam triennio non expectato, quod tempus à lege conſtitutum eſt, vt expelli poſſit, ſi ceſſauerit, *l. 2. C. de iure Emphyt.*

Et ſunt multi qui affirmant, Non pauci etiam qui negant.

Affirmant Baldus, *in c. querelam, de iureiur.* Alexand. *in conſil. 85. lib. 1. Ripa in c. 2. col. 5. de reſcript. Marſil. ſingul. 226. Caſtellianus Cotta in verbo Emphyteuta. Rota pro maiori parte Duorum apud Caſſiodorum deciſ. 2. titul. de iureiur. Alios citat Seraphinus de priuileg. iuram. priuileg. 84. quibus adde Aurel. Corbulum de iure Emphyteutico, cap. 15. Amplia. 40.*

Fundamentum eſt d. c. *querelam, de iureiur.* vbi priuatur Eccleſiæ, quam obtinebat regimine, is, qui iurauit ſoluere, & non ſoluit. Item in l. *ſi quis maior. C. de tranſact.* vbi is, qui iuramentum non ſeruat, priuatur omni commodo & emolumento contractus.

Negant autem Curtius ſenior, *in d. l. ſi quis maior, numer. 30.* Addentes ad Alexand. *in conſ. 85. lib. 1. Couuar. in Relect. c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 1. par. §. 4. num. 5. & alij à Seraphino relati loco proximè citato.*

Horum fundamentū eſt, quia lege conſtitutum eſt, vt Emphyteuta ita demùm à iure ſuo cadat, ſi per triennium in ſolutione ceſſauerit, *l. 2. C. de iure Emphyt.* Quod

autem ſi iurauerit, & non ſoluerit, ſtatim priuetur, nulla lege cautum eſt. Vnde iuramentum ſequi debet naturam contractus, *argumento l. vlt. C. de non num. pecun.*

Hæc poſterior ſententia mihi ſanè æquior, & probabilior videtur. Non obſtat c. querelam, qui periurus excluditur ibi ab Eccleſiæ adminiſtratione, nos verò loquimur in contractu, in quo non ita cautum eſt, vt periurus in plùs teneatur, quàm lex & natura contractus poſtulet, vel vt ius ſuum amittat aliter, quàm lege caueatur.

Nec quicquam facit l. ſi quis maior, tum quia de Tranſactione ſpecialiter loquitur, ac intelligenda eſt, vt aliàs diſputatum eſt, tum quia nihil aliud vult, quàm iurantem carere commodo contractus, id eſt, actione, quam habebat ex contractu. Eſt enim iniquum, vt quis velit ſibi ſeruari fidem, quàm ipſe violauit. Sed in propoſito, ita lege cautum eſt, vt Emphyteuta non obſeruans fidem, & ſic in ſolutione ceſſans, non ſtatim ius ſuum amittat, ſed ita demùm; ſi per triennium ceſſauerit, ergo non poteſt hoc iure priuari propter periurium; quia illud facit quidem, vt magis peccet, & ideo etiam Deum, quem offendit, vltorem habeat, *iuxta l. 2. C. de reb. cred.* non autem, vt ante triennium, contra legis decreta, expellatur. Quæ enim erat difficultas Legumlatori ita decernere, ſi voluiſſet? Non igitur nobis licet interpretatione noſtra nouam legem condere, qua vetus abrogetur in aliquo caſu, de quo nulla fit mentio in iure Ciuili, vel Canonico.

Capvt XVII.

An iuramentum efficiat, vt obligatus ad factum, præcisè compelli poſsit.

Communiter receptum eſt, eum, qui ad factum obligatus eſt, præcisè compelli non poſſe: Sed ſoluendo id, quod intereſt aduerſarij, liberari: quam ſententiam deducunt, ac probant Doctores *ex l. ſtipulationes non diuiduntur, ver. Celſus. ff. de verb. oblig. & ex alijs locis, de quibus nunc non diſputo.*

Cęterùm eſt controuerſia, an ſi promiſſioni iuramentum acceſſerit, idem ſtatuendum ſit, an verò propter iuramentum is, qui promiſit, compelli præcisè poſſit. Et quidem compelli poſſe docuerunt gloſ. *in l. ſi pecunia, ff. de condi. cauſa data.* Iaſon & alij *eo loco, & plures alij quos commemorant Couuar. in Relect. c. quamuis, in 1. parte, §. 4. numer. 6. de pactis, lib. 6. & Seraphinus Senenſis d. priuileg. iuramenti, priuileg. 74.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Corneus *in conſil. 246. lib. 4.* Ioan. de Anan. *in c. querelam. Ne prælati vices ſuas, &c.* Decius *in c. 1. num. 23. de Iud. Afflict. deciſ. 295.*

Quorum illud eſt fundamentum, quod iuramentum ſequitur naturam cõtractus, ſeu obligationis, cui adijcitur *l. vlt. C. de non num. pec. cum ſimilibus.*

Sed mihi magis probatur prior ſententia, quæ communior, æquior & tutior eſt. Nam is, qui iurauit, tenetur ſeruare iuramentum. Nemo autem negat, quin magis dicatur ſeruare iuramentum is, qui præcisè facit, quod promiſit. Cùm poteſt id facere, quam is, qui non facit, ſed præſtat, quanti ſtipulatoris intereſt. Vt ergo iuramentum aliquid operetur, quod alioqui robur maius addere obligationi conſueuit, exiſtimarem promiſſorem eſſe præcisè compellendum ad factum: Præſertim cùm & aliàs fauore libertatis ſpecialiter ſit conſtitutum, vt obligatio facti ſit præciſa, *l. qui Romæ §. Flauius. ff. de verbor. obligat.* Item & fauore Reipublicæ, *vt in l. Fideicommiſſa. §. vltim. de legat. 3.* Cur ergo non idem ſit ſtatuendum fauore religionis iuriſiurandi.

Quod autem obijcitur ex l. vlt. C. de non num. pecun. nihil obſtat, quia iuramentum non obligat eum, qui iurauit præter eius conſenſum, vt ibi, ſed hic conſenſus adeſt, exceptio nulla eſt, Iuris tantùm quædam ſubtilitas obijcitur, quæ cauſſa religionis cedere debet. Atque ita puto.

Capvt XVIII.

Vtrum fideiuſſores dotium iureiurando obligentur.

NE fideiuſſores dotium reſtituẽdarum dentur, cautum eſt l. 1. & 2. C. ne fideiuſſores dotium dentur: Sed vtrum, ſi fuerit datus fideiuſſor, & is iureiurando ſe obligauerit, teneatur, non vſque adeo exploratum eſt.

Et quidem non teneri, neque conueniri poſſe, atque hac in parte iuramentum nihil derogare legibus, docent Bartol. *in l. ſi quis pro eo, numer. 9. ff. de fideiuſſ.* Alciatus *in c. cum contingat, num. 312. de iureiur.* & alij, *vt per Seraphinum, Priuileg. 69.*

Argumentum illud eſt, quod cum lex prohibeat dari fideiuſſores, is peccare videatur, qui aduerſus legem facit, iuxta illud: [*Qui principi non obedierit, morte moriatur.*] c. 2. de maior. & obed. Item quia videtur eſſe contra bonos mores, quo caſu iuramentum non eſt obligatorium, *c. non eſt obligatorium de reg. iur. lib. 6.*

Eſſe contra bonos mores ex eo patet, quod lex fideiuſſores dari vetuit, ne inter coniuges perfidiæ occaſio oriatur, abſurdum enim cenſuit dotem datam ei non tutò credi, cui perſona committitur & creditur.

Contrariam ſententiam ſicuti ſunt Baldus Nouellus *de dote, parte 6. priuileg. 21. limitatione 12.* & Couuar. *alios citans in Relect. c. quãuis, in 2. par. §. 2. circa finem, de pactis, lib. 6.*

Et hęc ſententia mihi probabilior videtur. Nam iuramentum hoc in caſu non repugnat iuri diuino aut naturali, nec vllum continet peccatum, & licet iuſtas ob cauſas lex vetuerit dari fideiuſſores, non tamen efficitur, quin iuramento accedente, illud ſeruandum ſit; *vt in ſimili docet ſummus Pontifex d. c. quamuis, & in cap. cum contingat, de iureiurando.*

Non obſtat quod dicitur eum peccare, qui contra legum prohibitionẽ facit. Nam etſi contra legem faciat, qui fideiuſſorem exigit, iuramento tamen obligatur fideiuſſor, qui promittit: Sic & qui vſuras promittit, obligatur iuramento, licet contra legem faciat, *vt in c. debitores. de iureiur.* Sic lex vetat fundum dotalem alienari, & tamen iuramentum alienationem confirmat, *vt in d. c. cum contingat.*

Non obſtat, quod dicitur, eſſe contra bonos mores, quia id negatur. Neque enim quicquid iuſtas ob cauſas lege ciuili eſt prohibitum, ſtatim contra bonos mores factum dici poteſt. *Exemplum ſit in ſpecie d. c. quamuis, & d. c. cum contingat.*

CAPVT XIX.

An ſtipulatio alteri facta iure canonico ſit efficax, & quid ſit, iuramento vallata ſit.

ALteri ſtipulari nemo poteſt, *l. ſtipulatio iſta, §. alteri, ff. de verb. oblig.* ſed vtrum id etiam iure canonico procedat, controuertitur. Nam iure canonico ſtipulationem alteri factam eſſe efficacem, cenſuerunt Gloſſ. *in c. quoties cordis oculus. 1. q. 8.* Anton. Butr. *in c. ſi cautio. de fide inſtrum. Bald. in l. illud, C. de ſacroſanct. Eccleſ. Couuar. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. part. §. 4. numer. 9. verſ. Decimo, vt ad propoſitam.*

Fundamentum eſt, quoniam iure ciuili ideo non valet ſtipulatio alteri facta, quia inuentæ ſunt ſtipulationes, vt vnuſquiſquis ſibi acquirat id, quod ſua intereſt: *vt in d. §. alteri.* Hæc autem ratio iure canonico non inſpicitur, ſed illa tantum, vt quis fidem ſeruet quia ita ratio naturalis docet: Vnde & communis eſt ſententia Canoniſtarum, *in c. 1. de pactis*, ex pacto nudo actionem oriri ſecundum ius Canonicum.

Contrariam ſententiam ſecuti fuere Felin. *in Proœmio Gregoriano num. 23.* Abbas *in d. c. ſi caut. col. 3. de fide inſtrum.* Io. Faber. *in §. Alteri, in Inſt. de inut. ſtip.* Imola, Romanus, Alexander, Iaſ. & Alc. *in d. l. ſtipulatio iſta, §. alteri,* quibus & ipſe aſſentior.

Probatur primò, quia non eſt inducendum aliquod diſcrimen inter ius canonicum & ciuile, niſi expreſſum ſit, *vt in cap. 1. de op. no. nunc.* ſed nullibi iure canonico eſt expreſſum, alteri, ſtipulationem factam valere contra iuris ciuilis regulas. Ergo non valet.

Secundum argumentum ſumi poteſt, ex cap. *quamquam de vſuris lib. 6.* quatenus ibi exigitur perſona publica, vt ſtipulatio alteri fiat.

Ter-

Tertium eſt ex eo, quod etiam iure Canonico valet exceptio illa, [*Tua nō intereſt,*] *c. cum inter, de elect. c. non ſolent, 2. q. 7.* Sed vt alteri detur, ſtipulantis non intereſt, *vt ait text. in d. §. alteri.* Ergo ſtipulatio alteri facta etiam iure Canonico non valet.

Ad contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo, illud non obſtare, qui etiam iure ciuili proditum eſt, ſeruandum eſſe fidem, & tamen alteri ſtipulari nemo poteſt. Sunt enim certi modi, quibus aliquis obligetur. Alioquin generalis illa regula inſpiciatur, fidem ſeruandam eſſe, etiam minorum, & pupillorum, & Eccleſiarum contractus & promiſſiones erunt efficaces abſque ſolênibus iure neceſſarijs, quod tamen eſt abſurdum.

Quod verò dicitur: In pacto nudo actionem oriri, iure canonico verum non eſt, *vt eſt dictum ſuprà lib. 1. c. 99.*

Cæterùm ſi iuramentum acceſſerit ſtipulationi, eam eſſe efficacē docuere Bartol. *in l. ſi quis pro eo ff. de fideiuſſo. glo. in d. c. quoties cordis oculus, 1. q. 7. Bald. in l. nam poſteà. §. iuſiurandum. ff. de iuriiur. Iaſon. in d. l. ſtipulatio. § alteri. ff. de verbo oblig. Couuar. in d. c. quamuis, in 2. part. §. 4. nu. 11. Seraphinus de priuileg. iuramenti, priuileg. 24.*

Argumenta ſunt iſta. Primum, ſtipulatio alteri facta valet, ſi pœna adijciatur, *d. §. alteri.* Ergo multò magis, ſi iuramentum acceſſerit.

Secundum. Ex ſtipulatione alteri facta naſcitur ſaltem naturalis obligatio, quia promiſſio ineſt, *l. 1. ff. de pactis.* Ergo ſi iuramentum acceſſerit, efficacem producet obligationem.

Tertium. Iuramentum præſtatur Deo, *c. Debitores, de iureiur.* Deus autem partia præſentiam ſupplet, *l. properandum. §. cùm autem, C. de Iudicijs.*

Quartum. Iuramentum confirmat contractus, & pacta alioqui iure ciuili inualida, *c. quamuis, de Pactis, lib. 6. c. cùm contingat, de iureiur.* Ergo confirmabit etiam ſtipulationem alteri factam, quamuis iure ciuili nullam & efficacem.

Quintum. Vbi iuramentum obligationi adijcitur, ibi non inſpicitur an interſit ſtipulantis, quia ſeruandum eſt iuramentum, *vt patet ex d. c. debitores, de iureiur.*

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quòd iuramentum ſequatur naturam principalis obligationis, quod ſi illa non valeat, nec iuramentum aliquid operetur, *l. non dubium. C. de legib. l. vlt. C. de non num. pec.*

Huc accedat quod illa exceptio, [*Tua non intereſt,*] etiam iure canonico rectè obijcitur, *vt dictum eſt ſuprà ex c. cùm inter, de elect.*

Sed mihi probabilior videtur prior ſententia. Licèt enim nullus textus iuris canonici de ſtipulatione alteri facta, cui iuramentum acceſſerit loquatur; tamen cùm illa non valeat ex ſolis iuris ciuilis regulis, certè iuramento accedente, valere debet, ſicut & aliæ obligationes & conuentiones iuramento firmantur, quæ tamen iuris ciuilis regulis improbantur. Nec enim vlla ratio diuerſitatis adferri poteſt.

Ad argumenta reſpondeo. Non prohiberi lege Cæſarea ſtipulationem alteri factam, ſed efficaciam denegari. Ideo non ad rem pertinet regula, l. non dubium. C. de legib. Et licèt iuramentum regulariter ſequatur naturam actus, tamen id non procedit, vbi agitur de contractibus iurati efficacia, quia licèt abſque iuramento reprobetur, iuramento tamen adhibito valet, & ſeruandum eſt.

Quod verò dicitur exceptionem illam [*tua non intereſt,*] etiam iure canonico obtinere, nihil obſtat, quin iuramentum erit ſeruandum, & ſalua nihilominùs debitori, ſeu promiſſori exceptio erit, ſeu repetitio, poſtquàm iuramentum obſeruauerit, *vt in ſimili habetur in d. c. debitores, de iureiurand.*

CAPVT XX.

Qui promiſit alienum factum ſub pœna, vtrum excuſetur, ſi fecit quicquid potuit, & is, qui facere poterat, noluit facere.

EXcuſandum omninò, neq; pœnæ obnoxium eſſe debere eum, qui omnem adhi-

adhibuit diligentiam, vt alter faceret, ſi is noluit facere, licet factum alienum promiſerit ſub pœna, docuerunt gloſſ. *in cap. ex reſcripto, de iureiur.* & ibidem Felin. Bart. *in conſil. 236. Martinus promiſit, Freder. Senenſ. in conſil. 122. Dec. in l. impoſſibilium, de reg. iur. & in cõſil. 313. Afflictus deciſ. 295. alios citans. Couuar. in cap. quamuis, in 2. part. §. 4. numer. 3. de pactis, lib. 6. & Menochius in conſil. 239. numer. 13. lib. 3.*

Fundamentum eſt *in l. ſi vehenda, §. vlt. ff. ad l. Rhodiam de iactu*, ibi: [*Idem iuris erit, ſi cum ea conditione à te conduxiſſet, vt certam pœnam tibi præſtaret, niſi ante conſtitutum diem merces tuas eò loci expoſuiſſet, in quem deuehendas eas merces locaſſes, nec per eum ſtaret, quo minus remiſſa ſibi ea pœna ſpectare, &c.*] Et quia difficultas excuſat à pœna periurij, *vt in c. breui, de iureiur. & in c. ſignificate, de pignoribus.*

Contrariam ſententiam amplexi fuêre *in l. ſi ita ſtipulatus fuero te ſiſti, §. poſſum, col. 2. ff. de verbor. oblig.* Iaſ. *in l. ſtipulatio iſta, non procul à principio. ff. eod.* & Zaſius *ibid. num.* 16. 17. Soc. ſen. *in conſil.* 288. *lib.* 2.

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex d. l. *ſtipulatio iſta, ff. de verbor. oblig.* ibi: [*At ſi quis velit factum alienum promittere, pœnam, vel quanti ea res ſit, promittere poteſt, &c.*] Si pœnam promittere debet, ergo ſi non fiat, quód promiſſum eſt, præſtanda erit: alioqui inutilis erit pœnæ promiſſio: etſi enim factum alienum non ſit in poteſtate promittentis, eſt tamen in eius poteſtate pœnæ ſolutio.

Secundum argumentum eſt ex l. *qui autem. §. ſed etſi quis, ff. de conſtit. pecun.* vbi Vlpianus: [*Sed etſi quis*, inquit, *certam perſonam fideiuſſuram pro ſe conſtiterit, nihilominus tenetur, vt Pomponius ſcribit.* Quid tamen *ſi ea perſona nolit fideiubere? Puto teneri, eum qui promiſit, niſi aliud actum eſt.*]

Tertium ſumitur ex l. ſancimus. C. de fideiuſſoribus. [*Sancimus*, inquit, *ſi quis pro alio ſpoponderit, quatenus eum intra certum tempus tradat, &c. Et tempore ſtatuto iam effluente non poterit eum repræſentare, non ſtatim pecunias pro eo ſtipulatas inferre: ſed competere quidem poſt tempus elapſum omnimodò pœnalem actionem, &cæt.*]

Quartum ſumitur ex regula. Subueniendum non eſſe ei, qui propria voluntate ſe in neceſſitatem coniecit, *l. ſi fideiuſſor. §. ſi neceſſaria. ff. qui ſatiſd. cogantur.*

Quintum eſt huiuſmodi. Nam ſi promittens excuſaretur, ille poſſet colludere cum eo, cuius factum promiſiſſet, vt nempè diceret ſe nolle facere, vnde ſtipulatio eluderetur. Malitijs autem hominum aditus patefieri non debet, *l. in fundo. ff. de rei vend.*

Nonnulli diſtinguunt, vtrum aliquis ſub pœna promittat ſe facturum & curaturum, vt aliquis faciat: an verò directè promittat alienum factum. *Vide Alciatum & Ruinum in l. 4. §. Cato. ff. de verbor. oblig. ille numer. 113. iſte num. 57. & Couuar. loco proximè citato, poſt numer. 4. verſ. Secundò eſt in hac controuerſia, & numer. 5. verſ. Septimò exiſtimo.*

Alij denique perpendunt, an quis promiſerit ſe facturum, & curaturum vt aliquis faciat cum effectu, an verò ſimpliciter ſe facturum, & curaturum promiſerit, *ſicuti autoritatibus adductis explicat ibi Couuar. nu. 6.*

Ego diſtinctionibus omiſſis, exiſtimo eam ſententiam veriorem eſſe, quæ affirmat pœnam committi, negatque excuſationi locum eſſe. Nam vt dicebat Seraphinus Senenſis de hac cõtrouerſia diſputans, *de priuilegijs iuramenti, priuileg. 77, num. 13.* duo ſunt genera difficultatum conſideranda.

Vnum eſt illud, quod promiſſor ipſo promiſſionis tempore videre poteſt, quod ſi videat, & nihilominùs ſe in obligationem conijciat, certa pœna adiecta, nihil proponitur cur excuſari debeat propter difficultatem, quam præuidit: vt in propoſita quæſtione; Nam promiſſionis tempore promiſſor præuidere potuit, ac præuidit futurum forſan, vt is, cuius factum promiſit, nollet facere. Quare ſi illud ſub pœna promiſerit, non debet excuſari eam ob cauſſam, quòd ille nolit facere. Quam ſententiam planè euincunt argumenta ſuperiùs allata.

Alterum difficultatis genus eſt, quod poſteà caſu, vel aliam ob cauſſam ſuperuenit, nec à promiſſore præuideri potuit, *vt in ſpecie d. l. ſi vehenda, §. vltim. ff. ad l. Rhod. de iactu.* tunc excuſatur quis à pœna propter eiuſmodi difficultatem. Sic etiam Canonês lo-

quuntur, ac intelligi debent, quibus probatur, difficultatem efficere, vt quis in periurij pœnam non incidat. Ex quibus fundamentum prioris ſententiæ corruit, & hanc, quam diximus, ſententiam probabiliorem eſſe, conſtare poteſt.

Capvt XXI.

Tranſactio de alimentis futuris an valeat abſque decreto Prætoris, ſi fuerit iuramento firmata.

Non valere tranſactionem de alimentis teſtamento relictis abſque decreto Prætoris, iuſtas ſanè ob cauſſas conſtitutum eſt, *vt in leg. cùm hi. ff. de tranſact.* Sed an idem ſtatuendum ſit, vbi iuramento fuerit à tranſigentibus firmata, controuerſi iuris eſt.

Affirmant idem eſſe ſtatuendum Bartolus *in d. l. cùm hi.* Baldus *in l. pactum, quæſt. pen. C. de collation.* & quidem alij, eo argumento, quod cùm lex ciuilis eam Tranſactionem improbet, abſque decreto Prætoris non poſſit iuramentum efficere, vt valeat, *argumento l. non dubium. C. de legibus.*

Iſtis ego non aſſentior; ſed contrariæ ſententiæ, quæ & verior, & communior eſt, eo argumento, quo in huiuſcemodi quæſtionibus perpetuò vtor, quòd ſcilicet, iuramentum facit, vt iuris ciuilis rationes ceſſent, cùm religio præponenda ſit his regulis, *vt in cap. quamuis, de pactis, lib. 6. in c. cùm contingat, de iureiur. & ſimilibus.* qui quidem Canones, legibus hac de re ſtatuentibus præferendi ſunt, cùm de re ſpirituali agatur hoc in caſu. *Ita docent Imola, in c. cùm contingat, num. 95. de iureiur. Couuar. alios citans in c. quamuis, in d. 2. part. §. 6. num. 4. Seraphinus priuileg. 101. quibus lubens ſubſcribo.*

Capvt XXII.

Vtrum conſtitutio c. quamuis, de pactis, lib. 6. locum habeat filia renunciante & Monaſterium ingreſſura.

Renvnciatio hæreditatis paternæ facta à filia nuptui tradenda, ſi iuramento firmata fuerit, valet, *vt in c. quamuis, de pactis, lib. 6.* Sed an idem reſpondendum, ſi hæc fiat ab ea, quæ velit ingredi Monaſterium, non vſque adeò exploratum eſt.

Etenim nequaquam idem ſtatuendum de filia ingreſſura Monaſterium ex facto interrogati, reſponderunt Felin. Sandeius, Bartholomæus Socinus, Philippus Corneus, & Carolus Ruinus, *quorum reſponſa extant apud Ruinum in 1. vol. conſil. 204. 205. 206. 207.* eandem ſententiam ſecutus eſt Franc. Becius, *in conſ. 74. num. 12.*

Argumenta verò ſunt iſta. Primum ex eo ſumitur, quod non valet vlla conditio, pactum, aut aliud quiduis, quo animus à propoſito ingrediendæ religionis abducatur, *vt in Nouella 123. §. ſi quis ſub conditione, vel ſecundùm veterem translationem, in §. ſed & hoc præſenti, in Authen. de ſanctiſſimis Epiſcopis.* Sed talis renunciatio poteſt eſſe cauſſa animum abducendi à propoſito ingrediendi Monaſterium, ergo non valet.

Aſſumptum probatur, quia ſi filia non ingrediatur Monaſterium, vel in eo non maneat, ſuccedet patri in hæreditate, ſi verò ingrediatur, non ſuccedet. Vt igitur hæreditatem conſequatur, euenire poteſt, vt ſententiam mutet, & abſtineat ab ingreſſu religionis.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod talis renunciatio locum habere intelligitur, ſi hæreditas fuerit renuncianti delata. Fruſtrà enim quis hæreditati renunciauerit, quam habiturus non eſt. Sed hæreditas hoc in caſu non defertur filiæ, ſed Monaſterio, *ſecundùm communem Doctorum ſententiam, in cap. in præſentia, de probation. & per Alexand. in l. 1. numer. 26. de vulgari & pupill.* ergo fruſtrà ſit talis renunciatio, & nihil impedit, quo minus monaſterium, cui defertur hæreditas, ſuccedere poſſit. Sicut renunciationem maternæ hæreditatis à filio factam patri non obeſſe patri, in cuius poteſtate eſt filius, tradit Caſtrenſ. *in l. vltim. numer. 1. C. de bonis quæ liberis.*

Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe puto, quam amplexus eſt Couuarr. *in d. c. quamuis, in 3. part. § 2. num. 2. & ſequenti,* Barroli, & aliorum autoritate nixus, qui *in commentarijs l. vltim. C. de pactis.* cenſuerunt, talem

lem renunciationem à filia ingrediẽte Monaſterium factam, valere, ſi iuramento fuerit confirmata.

Fundamentum eſt firmiſſimum, in deciſione d. c. quamuis, licèt enim de filia matrimonio collocanda loquatur, ea tamen ratione nititur, quòd iuramentum ſit ſeruandum. [*Si nec vi, nec dolo praſtitum ſit, nec vergat in diſpendium ſalutis æternæ, aut tertij præiudicium.*] Quæ quidem ratio quin & in propoſita ſpecie locum habeat, negari non poteſt. Quare cùm Monaſterium hoc in caſu ſuccedere non poſſit, niſi ex perſona monialis, & illa iam excluſa fuerit renunciatione, iurata, non video quo iure Monaſterium eam hæreditatem vendicare poſſit.

Ad primum argumentum reſpondeo, fruſtrà hic timeri, ne animus à religione deterreatur, quoniam ea renunciatio argumento eſt animi planè deliberati, qui videlicet omnibus bonis temporalibus valere iuſſis, Deo inſeruire decreuerit.

Ad alterum argumentum patet reſponſio, quia hæreditas defertur quidem Monaſterio, ſed ex perſona monialis. Ita enim fecit filia renuncians, vt nec ipſa ſuccederet, nec Monaſterium, ſed hæreditas paterna, quæ alioqui ad ſe pertinuiſſet, ſi non ingreſſa eſſet Monaſterium, vel ad Monaſterium, ex perſona ſua, ſi non renunciaſſet, iam alios proximiores pertineat, qui à legibus poſt eam ad ſucceſſionem vocantur.

Nec valet Caſtrenſis traditio, quia filius patri ſuo, cuius in poteſtate conſtitutus eſt, præiudicare non poteſt, *vt in d. l. vltim.* Sed filia Monaſterio quin præiudicare poſſit, nulla eſſe poteſt dubitatio. Facit enim renunciando, vt hæreditas ei non deferatur, ſed alijs à lege vocatis, vt dictum eſt.

CAPVT XXIII.

Vtrum matris renunciatio iuxta formam, c. quamuis, de pactis, lib. 6. noceat filijs præmoriente matre, quo minus ſuccedant in hæreditate aui.

Matris renunciationem præiudicare filijs, quo minus ex perſona propria ſuccedant auo, reſponderunt Ludouicus Roman. *in l. qui ſuperſtitis. ff. de acquiren. hæred.* Philippus Decius *in conſ.* 181. *& in l. pactum dotali, C. de collation. Gulielmus de Benedictis in c. Raynutius, in verbo, Duas, habens filias, num.* 181. *de teſtam. Bellonus in conſ.* 15. *num.* 5. *Eugonius in conſ.* 98. *num.* 6. *Caſſaneus in conſ.* 47. *num.* 33. *Surdus in conſ.* 133. *num.* 11. *&* 12. *lib.* 1.

Fundamentum eſt, quia mater dote accepta renuncians, cõſecuta eſſe videtur hæreditatis partem ſibi debitam, quia dos eſt loco hæreditatis. Satisfactio enim pro ſolutione habetur, *l. ſatisfactio, ff. de ſolutio.* Sed ſi mater ſucceſſiſſet patri, proculdubio ſuccedere non poſſent filij eius, quia mater eos præceſſiſſet in gradu. Igitur idem ſtatuendum videtur, vbi mater loco ſucceſſionis dote fuit contenta, & ſatisfacta, quia eſt perinde, ac ſi hæreditatem habuiſſet. Præſertim verò ſi filij ſint hæredes matris, & dotem maternam conſecuti fuerint. Neque enim contra eius factum venire poſſunt, *l. cùm à matre, C. de rei vend.* Aut bis idem exigere, vel tantundem, *l. bona fides, de reg. iur.*

Sed contrariam ſententiam ſecuti fuêre Barr. *in d. l. qui ſuperſtitis. ff de acq. hæred.* Bal. *in l. pactum dotal. in* 2. *quæſtio. C. de collatio. & ibidem Alexand. & alij quos refert, & ſequitur Couuarr. in d. c. quamuis, part.* 3. § 2. *num.* 4. *Crauetta, alios citans in conſ.* 703. *lib.* 4.

Fundamentum eſt, quia licèt mater ſit excluſa ob renunciationem, non tamen excluſi eſſe debent filij eius, qui ex perſona propria ſuccedunt, *vt in ſimili habetur in l. ſi quis filio. ff. de iniuſto rupto, & irr. teſt.* Item quia tacitum habet conditionem matris renunciatio, ſi hæreditas fuerit ei delata, *d. l. qui ſuperſtitis.* Cùm itaque non matri præmorienti delata fuerit hæreditas: ſed filius, nil eis obeſſe debet matris renunciatio.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi veriſſima, quia vbi filia renunciat hæreditati paternæ, & dotem accepit, non dicitur accipere dotem hæreditatis loco, ſed dote contenta, dicitur hæreditati adhuc ſibi debitæ renunciare. Nam patet dotem

filiæ tenetur dare, *l. vltim. C. de dotis promiſſ.* Et nihilominùs filia patri ſuccedit, conferendo tamen dotem, *iuxta l. illam. C. de collatio.* Ergo non videtur hæreditatem conſecuta, ſeu loco hæreditatis dotem accepiſſe. Sed accepta dote non ampliùs ſuccedere poteſt. quia renunciauit. Filij ergo eius, quibus hæreditas aui, ex perſona matris, ſed ex iure proprio defertur, eam vindicare poſſunt, cùm neque renunciauerit, neque veniant ex perſona renunciantis.

Et ideo ad argumentum reſpondetur, nec eſſe veram aſſumptionem, nec perinde ſtatuendum eſſe, ac ſi mater ſucceſſiſſet, quia dotem non accepit hæreditatis loco. ſed dotem accepit ſibi debitam à patre, hæreditatem verò repudiauit, quam vltra dotem petere potuiſſet.

Capvt XXIV.

Vtrum conſtitutio d. c. quamuis, de pactis lib. 6. locum habeat in eo caſu, quo filia renunciauit hæreditati patris nulla accepta dote.

Cæterùm, ſi filia ſit diues, & maternam hæreditatem conſecuta fuerit, vel alia bona, & gratis nulla dote accepta, renunciauerit paternæ ſucceſſioni: Controuertitur, an ſit locus Conſtitutioni d. c. quamuis. Et locum non eſſe reſponderunt Salicetus *in l. pactum quod dotali, col. pen. C. de pactis,* & Decius *alios citans in l. pactum dotali, num. 7. C. de collatio.*

Fundamentum verò eſt, quòd dicta conſtitutio ſit contra ius, & ideo reſtringenda ad eum caſum, de quo loquitur. De eo autem caſu loquitur, quo filia dotem accepit à patre, quando renunciauit.

Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, vnà cum alijs pluribus, quia ſemper illa ratio conſtitutionis viget. Seruandum eſſe iuramentum, quod abſque diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poteſt, neque vergit in alterius detrimentum, & neque vi, neque dolo extortum eſt, vt in ea conſtitutione habetur; Etenim & in propoſita ſpecie, in qua filia nullam dotem accepit, negari non poteſt, quin hæc ratio ex iuramenti religione petita, locum habeat.

Igitur communiorem ſententiam ſequi placet, *ita docent Imola in l. qui ſuperſtitis. ff. de acquir. hæred. Alex. in l. ſtipulatio hoc modo, n. 9. ff. de verb. oblig. Couuar. in c. quamuis, in 3. part. §. 2. nu. 6. Ruinus in conſ. 204. num. 6. lib. 1. Seraphinus priuileg. 20. poſt num. 29. verſ. Sed contra ſupra dictam limitationem.*

Non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ, quia licèt verba conſtitutionis ſpeciem iſtam non comprehendant, ratio tamen, quæ eſt anima, vt dicitur, ipſius legis, eam comprehendit, & hoc ſufficit, vt locum habeat ipſa conſtitutio, *argumento l. cùm mulier. ff. ſolut. matrimon. Ripa ad l. ſi conſtante, num. 63. 64. ff. eod. tit.*

Capvt XXV.

Vtrum filia ſucceſſioni paternæ renuncians, iuxta formam c. quamuis, de pactis, lib. 6. excludatur à legitima.

Filiam renunciantem paternæ ſucceſſioni iuxta formam d. c. quamuis, de pactis, lib. 6. à legitima non excludi reſponderunt Baldus *ad Rubr. ff. de iuretur. colum. pen. verſ. Non tamen credo.* Romanus *in l. qui ſuperſtitis, in 3. limit. ff. de acquiren. hæred.* Aretinus *in l. 1. § ſi quis ita, col. 5. ff. de verbor. oblig.* Afflictus *in c. ſi quis inueſtierit, n. 26. de feudo dato in vicem legis commiſſoria.* Boerius *deciſ. 3. nu. 6.* Grammaticus *deciſ. 57. numer. 26. & deciſ. 101. numer. 6. Alios commemorat Gabrielius commun. concl. tit. de legitima, concl. 8. num. 6. Menoch. conſ. 71. lib. 1.*

Fundamentum eſt præcipuum in l. ſi quando, §. & generaliter. C. de inoffic. teſtam. per quam legem probatur, per renunciationem generalem non cenſeri legitimæ renunciatum.

Sed contrariam ſententiam magis probo, quam ſecuti fuêre Caſtrenſ. & Alexan. *in l. in ratione. ff. ad leg. Falcid. Bald. & Iaſon, in d. l. ſi quando. §. & generaliter. C. de inoff. teſtam. Decius in conſ. 26. Alexand. in conſ. 181. lib. 5. & alij quos refert, & ſequitur Didacus Couuar. in relect. d. c. quamuis, part. 3. §. 3. poſt nu. 3. & Seraph. priuileg. 70 num. 10. & num. 16. verſ. Ego tamen,*

Pro-

Probatur hæc ſententia ſolido hoc fundamento. Nam legitima eſt pars ſucceſſionis ab inteſtato, *l. Papianus. §. ſi quis mortis. ff. de inoffic. teſtam. l. cùm quæritur. C. eod. tit.* In toto autem pars continetur, *reg. In toto, de regul. iur. lib. 6.* Ergo in renunciatione ſucceſſionis totius, continetur etiam hæc pars, nempè legitima.

Non obſtat text. in d. §. Et generaliter, quia nihil aliud probat, niſi legitimæ non videri renunciatum à filio, quamuis legatum, quod erat minus legitima, ſimpliciter agnouerit, quæ res longè diſtat à propoſita ſpecie, in qua filia ſucceſſioni in vniuerſum renunciat. Verba textus hæc ſunt: [*Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis cauſa datione, vel inter viuos, ſub ea conditione, vt hæc inter viuos donatio in quartam ei computetur. Si filius poſt obitum patris hoc, quod natum, vel relictum eſt, ſimpliciter agnouerit, fortè & ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei datum vel relictum eſt accepiſſe, non adijciens nullam ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem, nullum ſibi filium facere præiudicium, ſed legitimam partem repleri, niſi hoc ſpecialiter ſiue in apocha, ſiue in tranſactione ſcripſerit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta, vel data parte, nullam de eo, quod deeſt, habeat quæſtionem.*] Hactenus Imperator.

CAPVT XXVI.

Sequuntur matrimoniales controuerſiæ, quarum prima eſt de ætate contrahendi ſponſalia, an debeat eſſe annorum ſeptem.

SI malitia ætatem ſuppleat, etiam ante ſeptimum annum cōtrahi ſponſalia poſſe, autores ſunt Gloſſa *in c. iuuenis, de ſponſalibus, & ibidem* Præpoſitus Ioan. Andr. Dominicus, & Francus *in c. vnic. de ſponſalibus, lib. 6. Bald. in conſ. 44. lib. 4. & Didacus Couuarr. in Epitome de ſponſalib. c. 2.*

Horum fundamentum eſt; Quòd nulla ſit ætas ſponſalibus contrahendis definita, ideoque effici poſſint, ſi modò id fieri ab vtraque parte intelligatur; *vt dicebat modeſt. in l. ſponſalibus. 14. ff. de ſponſalibus.* Et licèt annorum ſeptem fiat mentio, illud eſt, quia ante ſeptem annos vix homines aliquid intelligunt, quòd ſi quid agant, intellexerint, nihil prohibet, quin & ante dictum tempus, contrahi poſſint. Nam & matrimonia ante annum duodecimum contrahi non poſſe conſtitutum eſt in fœmina, & decimumquartum in maſculo, *vt in c. continebatur, & in c. atteſtationes, de ſponſat. impub.* & tamen ſi malitia ætatem ſuppleat, etiam ante dictum tempus contrahi poſſunt, *vt in c. de illis, & in c. vlt. eod. tit.*

Sed contraria ſententia mihi probabilior videtur, nullo modo ante ſeptennium effici poſſe ſponſalia, *hanc ſecuti ſunt Panorm. in c. iuuenis, de ſponſalib. Francus in Rub. de teſtam. in 6. verſ. Primò prohibetur. Brunellus de ſponſalib. concluſ. 4.*

Fundamentum eſt firmum, quia Leges, & Canones requirunt ſeptennium, nec ante exiſtimant quenquam intelligere, quid agat. Quòd ſi ante quiſpiam intelligat, id rarum eſt, & vix credibile, ideoque ad eum caſum non reſpiciunt, *l. nam ad ea, ff. de legib.*

Tempus annorum ſeptem, ad ſponſalia contrahenda legibus Canonibusque requiri patet. Primum ex d. l. in ſponſalibus. 14. ff. de ſponſalib. vbi Modeſtinus dicit: [*Quapropter & à primordio ætatis ſponſalia effici poſſunt, ſi modò id fieri ab vtraque perſona intelligatur, id eſt, ſi non ſint minores, quàm ſeptem annis.*

Secundò id probatur ex c. literis, ex c. acceſſit, & ex c. ad diſſoluendam, de deſponſat. impub. in illis verbis; [*Quia deſponſationes & matrimonia ante ſeptem annos fieri non poſſunt.* Et rurſus ibi: *Pronunciamus inter iuuenem, & puellam, nec matrimonium, nec ſponſalia, fuiſſe contracta; Cùm conſtet puellam nondum ad ſeptennium perueniſſe.*]

Ex his patet reſponſum ad argumentum contrariæ ſententiæ.

CAPVT XXVII.

Secunda controuerſia. Cùm matrimonium præſumatur ex copula carnali, vbi ſponſalia præceſſerunt: Vtrùm probatio in contrarium admittatur per confeſſionem partis.

CVM ſponſalia præceſſerunt, & ſubſequitur carnalis coniunctio, matrimonium præſumitur, *c. is qui fidem de ſponſalibus.* Sed controuerſi iuris eſt, an contra talem præſumptionem, probatio in contrarium admittatur, ex confeſſione ipſarum partium: Et admitti exiſtimarunt Panormitan. *in d. c. is qui fidem.* Felin. *in c. quanto, num. 3. de præſumpt.* Alciat. *de præſumptio. in ſecundo præſumpto, num.* 8.

Fundamentum eſt illud, quòd contra præſumptionem iuris, probatio in contrarium admittatur, *ex doctrina Gloſſ. in l. in contractibus, in verbo, Nullo modo, C. de non num. pecun. & in c. atteſtationes, in ver. Euaſiſſe, de diſponſat. impub.*

Sed contrariam ſententiam ſequor, *quam ſecuti fuêre Couuarr. in Epitome de ſponſalib. in 1. part. c. 4. §. 1. num. 4. & Menoch. de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 1. num. 12.*

Probatur hæc ſententia duobus argumentis. Primum eſt ex d. c. is qui fidem, de ſponſalib. vbi Summus Pontifex ita dicit: [*Is qui fidem dedit mulieri ſuper matrimonio contrahendo, inſuper carnali copula ſubſecuta, etſi in facie Eccleſiæ ducat aliam, & cognoſcat, ad primam redire tenetur: Quia licèt præſumptum primum matrimonium videatur, contra præſumptionem tamen huiuſmodi non eſt probatio admittenda.*]

Quibus verbis patet ita matrimonium ex copula præſumi, vt in contrarium probatio non admittatur. Quod autem admittatur probatio ex confeſſione partis, non habetur in eodem textu, nec alibi.

Et quamuis Gloſſæ iuris, & alij etiam Doctores velint probationem admitti, quę prouenit ex confeſſione partis, non tamen in hac ſpecie loquuntur, ſed in alia longè diuerſa.

Cur autem in hac ſpecie non idem ſit dicendum, ea eſt ratio, quòd confeſſio coniugum, quatenus ad matrimonium infirmandum ſpectat, non valet, vt ſtatim dicam in ſequenti argumento.

Alterum igitur eſt argumentum, quòd in matrimoniali cauſa confeſſioni coniugum non creditur, *vt in c. ſuper eo, de eo qui cognouit conſanguineam vxoris ſuæ.* ibi, [*Tuæ fraternitati reſpondemus, quòd propter eorum confeſſionem tantum, vel rumorem viciniæ, ſeparari non debent, cùm & quandoque nonnulli inter ſe contra matrimonium velint colludere, &c.*] Etſi enim Pontifex loquatur, vbi matrimonium iam eſt contractum, & de eo diſſoluendo agatur; tamen & in propoſita ſpecie contractum eſſe dicitur, quia ita lex præſumit, & credit, quare talis confeſſio ipſum matrimonium infirmaret.

Ad argumentum ſententiæ diuerſæ iam reſponſum eſt.

CAPVT XXVIII.

Vtrùm ſponſalibus præcedentibus, & ſecuta copula carnali per metum mortis illatum, præſumendum ſit matrimonium.

TErtia eſt controuerſia. Vtrùm ex carnali copula ſubſecuta præſumatur matrimonium, ſponſalibus contractis, ſi ſponſus, & ſponſa metu mortis allato, coacti ſint coire. Et matrimonium eſſe præſumendum, Hoſtienſis cenſuit, *in c. is qui fidem, de ſponſalibus.* Petrus de Palude, *in 4. Sententia. diſtinctione 29. quæſtione 1. artic. 4. & ibid.* Dominicus Sotus, *art. 3. colum. pen. verſ. Sed quia.* Didacus Couuar. *in Epitome de ſponſalib. part. 1. c. 4. §. 1. num. 11.*

Contrarium reſponderunt Abbas, & Præpoſitus, *in c. conſultationi, de ſponſal. Anton. Butrius, Henric. Boic. in d. c. is qui fidem, eodem titul. Pariſ. in conſ. 58. numer. 69. lib. 4. D. Antoninus in Summa, in 3. part. tit. 1. c. 7. ad finem. Durandus in 4. Sentent. diſtinct. 29. quæſt. 2. & Martinus Nauarrus in Manuali Confeſſariorum, c. 22. num. 51. verſic. Tertium.*

Tertia eſt ſententia Menochij *libro 3. de præſumpt. præſumpt. 4. numer. 31.* diſtinguendum eſſe inter ſponſum, & ſponſam. Nam ſi ſponſus coactus fuerit coire cum ſponſa, matrimonium erit præſumendum, ſecùs autem ſi ſponſa fuerit coacta.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, quia ſi matrimonium hoc in caſu non præſumeretur, fornicatio eſſet præſumenda, & ſic mortale peccatum. Sed pec-

peccatum non eſt præſumendum, ergo matrimonium præſumi debet. Minor patet. Maior autem probatur, quia metus illatus à peccato non excuſat, *c. Sacris, de his quæ vi, vel metus cauſſa fiunt.*

Secundum argumentum. Voluntas coacta, aliquo modo eſt voluntas, *cap. meritò ü, quæſtione 1. leg. ſi mulier. §. ſi metu. ff. de eo quod metus cauſſa.* Ergo etſi metus interceſſerit, matrimonium tamen erit præſumendum.

Tertium argumentum. Nam talis non eſt metus cadens in conſtantem virum, qui matrimonium impedire ſolet, *capit. Veniens, & cap. Conſolatione, de ſponſalibus.* Nam ſi ſponſus dicat, ſe fornicandi animo coiuiſſe, peccat. Debet autem quis mortem potius eligere, quàm vt peccato mortali conſentiat.

Secundæ opinionis fundamentum eſt, quia matrimonium debet eſſe liberum, & ſi metu contrahatur, nullius eſt momenti, *cap. Cùm locum, de ſponſalibus.* Cùm igitur hic metus interueniat, quò ad coniunctionem impelluntur ſponſus, & ſponſa, matrimonium non videtur præſumendum.

Tertiæ autem ſententiæ fundamentum eſt, quòd in ſponſo metus conſiderari non poſſit, quia is impediret deſiderium, ſine quo fruſtra eſt conatus.

Ego eorum ſententiam amplector, qui negant matrimonium eſſe præſumendum, & moueor autoritate text. *in c. cùm locum, de ſponſalibus,* vbi Summa Pontifex ita dicit: [*Cùm locum non habeat conſenſus, vbi metus, vel coactio intercedit, neceſſe eſt, vt vbi aſſenſus cuiuſque requiritur, coactionis materia repellatur. Matrimonium autem ſolo conſenſu contrahitur, & vbi de ipſo queritur, plena debet ſecuritate ille gaudere, cuius eſt animus indagandus, ne per timorem dicat, ſibi placere, quòd odit, & ſequatur exitus, qui de inuitis ſolet nuptijs prouenire.*]

Ad primum argumentum reſpondeo, Illud locum habere, cùm res eſt in obſcuro, vel ſi ſponſus, & ſponſa fateantur, ſe animo contrahendi matrimonij coiuiſſe, At ſecus, vbi conſtat metum illatum, & is, qui metum paſſus eſt, contrarium aſſerit.

Ad ſecundum reſpondeo. Eſſe quidem aliquam voluntatem eam, quæ coacta eſt, ſed non talem, qualis in matrimonio contrahendo requiritur, quia debet eſſe prorſus libera, & plena ſecuritate gaudere.

Ad tertium reſpondeo, metum mortis eſſe talem, qui in conſtantem virum cadat, *l. 7. & 8. ff. de eo quod metus cauſa.* & licèt non debeat quis peccare mortaliter propter mortis periculum, non tamen hic directè ad peccandum inducitur, ſed ad copulam carnalem matrimonij cauſſa. Cùm autem matrimonium pendeat ex libera hominis voluntate, non poteſt ex copula per vim & metum ſubſecuta induci.

Ad argumentum poſtremæ opinionis reſpondetur. Accedere poſſe, vt poſt illatum metum prouocetur copulæ deſiderium, ac in id potius conſentiat ſponſus, quam vt occidatur.

CAPVT XXIX.

Vtrùm matrimonium præſumatur ex copula ſecuta cum ſponſa incerta, puta ſi vnam ex tribus puellis quis promiſerit ſe accepturum in coniugem, & alteram carnaliter cognouerit.

QVARTA eſt controuerſia, Vtrùm matrimonium præſumatur ex copula carnali cum incerta ſponſa. Vtpura, ſi quis ex tribus puellis iurauerit, ſe vnam vxorem ducturum, & vnam ex eis cognouerit.

Duplex eſt Doctorum ſententia, Altera, matrimonium non præſumi. *Autores ſunt Ioan. Andreas, Antonius Butr. Henricus Boic. & Cardinalis in cap. ex literis. 2. de ſponſalib. poſt Gloſſ. ibi.*

Et fundamentum eſt, quòd talia ſponſalia, tanquam incerta, nullius eſſe momenti videantur, argum. text. in cap. 1. §. vlt. de ſponſal. lib. 6. ibi, [*Cùm ex ſponſalibus conditionalibus ante conditionem extantem, ſicuti conſenſum non habentibus, & incertis, nulla publica boneſtatis iuſtitia oriatur.*]

Altera eſt ſententia, matrimonium præ-

præſumi. *Autores ſunt Hoſtienſis, & Abbas in d. c. ex literis. D. Anton. in Summa, part. 3. tit. 1. c. 18. col. 2. Pierius in Summa, in verbo, Matrimonium. 2. quæſt. 11. Couuar. in Epitome de ſponſalib. part. 1. c. 4. §. 1. num. 17. & Menochius de Præſumpt. lib. 3. præſumpt. 1. num. 13.*

Fundamentum eſt: quoniam is, qui ſic promiſit, vnam ex dictis puellis in vxorem ducere tenetur: Eam ergo, quam cognouit, præſumitur vxorio, & maritali affectu cognouiſſe, ad tollendam fornicationis præſumptionem, *vt in c. is qui fidem, de ſponſalib.*

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior. Nec obſtat textus in argumento allatus, quia loquitur de ſponſalibus ſub conditione factis, nec prorſus negat eſſe valida, ſed non oriri ex eis publicæ honeſtatis iuſtitiam.

CAPVT XXX.

Vtrùm ſi poſt contracta ſponſalia, non ſequatur copula carnalis, ſed nixus ad copulam, matrimonium præſumatur.

QVinta controuerſia, vtrùm matrimonium præſumatur, ſi poſt ſponſalia contracta, non ſequatur copula carnalis, ſed tantùm nixus ad ipſam.

Et præſumendum eſſe cenſuerunt Ioan. Calderinus, & Præpoſitus, *in cap. vlt. de ſponſalibus.*

Quorum fundamentum eſt, quia nixus ille præſumendus eſt maritali affectu ſecutus, vt ſic mala peccati ſuſpicio euitetur. Vnde, quemadmodum ſecuta copula, matrimonium præſumitur, *vt in cap. is qui fidem, de ſponſalib.* ita præſumendum videtur ex tali nixu ad copulam.

Altera eſt ſententia, vera & communis, non eſſe matrimonium præſumendum, ex tali conatu. *Ita docuerunt Abbas in cap. vltim. de ſponſalib. Ioan. Andr. Dominicus, & Francus, in c. 1. §. idem quoque, de reſponſat. impub. lib. 6. Sylueſter Pierius, in verbo, Matrimonium, 2. quæſt. 16. Aret. in conſ. 142. num. 5. Alciat. de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 38. Couuar. in Epitome de ſponſal. parte 1. c. 4. §. 1. num. 19. & Menochius de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 1. num. 48.*

Probatur hæc ſententia ex c. vlt. de ſponſalib. vbi Summus Pontifex Gregorius IX. ita dicit: [*Adoleſcens, qui deſponſatam ſibi per verba de futuro, licet ſæpè niſus fuerit, carnaliter non cognoſcens, cum alia poſtmodum per verba de præſenti contraxit, non primam, cum qua nec fuit verum matrimonium ex forma contractus, nec præſumptum, cùm conatus non habuiſſet effectum, ſed ſecundam debet habere coniugem.*]

Non obſtat, ſi dicatur in ea ſpecie conatum non habuiſſe effectum ob ætatis defectum, quia non hoc ibi dicit Summus Pontifex, & contrarium eſt credendum, quia is adoleſcens dicitur, qui eſt pubes, *l. Aurelio. §. 1. ff. de libertate legata.*

Ad argumentum reſpondetur, cùm carnalis copula ſequitur, matrimonium præſumi, non tam vt ſiniſtra peccati præſumpt. tollatur, quàm ex eo, quod ipſa carnalis copula matrimonij propria eſt, & illud maximè indicare videtur, quæ ratio in ſolo conatu non habet locum.

CAPVT XXXI.

Vtrùm ex deductione in domum ſponſi, matrimonium præſumatur, vbi ſponſalia præceſſerunt.

SExta controuerſia, Vtrùm matrimonium ex præcedentibus ſponſalibus, & traductione in domum ſubſecuta præſumatur. Et præſumi reſponderunt Ioan. Andr. *in c. vltim. de ſponſal.* Angel. *in §. vlt. in Auth. Quibus modis naturales efficiantur legitimi.* Decius *in c. iurauit, col. 1. de probat.* Illuſtr. & Reuerend. Cardinalis Palæotus *in tract. de Nothis, & Spurijs, cap. 19. num. 6.*

Fundamentum eſt in l. mulierem, ff. de ritu nup. ibi, [*Mulierem abſenti per literas eius, vel per nuncium poſſe nubere, placuit, ſi in domum eius deduceretur, & cæt.* Et rurſus ibi: *Deductione enim opus eſſe, &c.*] & in l. Seia, ff. de donatio. inter vir. & vxor. quæ tamen nihil facit, & in l. cui fuerit, ff. de cond. & demonſtr.

Cæterùm, non præſumi matrimonium hac in ſpecie reſponderunt, Ioan. Calder. Anton.

Anton. Butr. Abbas, & Præpoſitus, *in l. vlt. de ſponſalibus, Aretin. in conſ. 142. num. 6. Baldus Nouellus, de Dote, parte 11. in ſecundo membro, numero* 18.

Fundamentum eſt, quod in iure Canonico, quod tamen maximè inſpiciendum eſt in materia iſta matrim. cùm ſit ſpiritualis, nullus ſit locus, quo deduci poſſit ex traductione in domum, matrimonium præſumi, tantum enim præſumitur ex copula ſubſecuta, *vt in c. is qui fidem, de ſponſalib.*

Tertia eſt ſent. Alciati, *de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 38. numer. 1.* vt ſi quidem certum ſit, copulam ſecutam non eſſe, poſterior ſententia vera ſit, ſecùs ſi ſit dubium, quia tunc præſumitur ipſa copula, iuxta illud:

A iuuene & cupido credatur reddita virgo.

Quarta eſt ſententia Couuarr. *in Epitome de ſponſalib. parte 1. c. 4. §. 2. in princ.* matrimonium induci ex traductione in domum duobus in caſibus. Primus eſt, quando eſt dubium, an ſponſalia præceſſerint per verba de præſenti, an verò per verba de futuro, tunc enim præſumuntur eſſe contracta per verba de præſenti ex traductione in domum. Secundus caſus eſt, cùm ſponſa in domum ſponſi eſt deducta, cum eo apparatu, & pompa, qua mulieres verè nuptæ deduci ſolent.

Poſtrema eſt ſententia Iac. Menochij *de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 1. numer.* 55. Iure ciuili matrimonium præſumi, ex deductione in domum mariti, ſecus autem iure Canonico.

Ego ſanè eorum ſententiæ magis adſtipulor, qui matrimonium præſumendum ſtatuerunt. Nam experientia rerum magiſtra nos docet, non ſolere domum deduci ſponſas, niſi vt matrimonium conſumetur, & ſatis hæc ſententia probatur *ex d. l. mulierem, ff. de ritu nupt. & l. quæſitum eſt, de ſponſal.* Nec contrarium iure Canonico eſt conſtitutum, quod potiſſimum inſpiciendum eſt, vbi de re ſpirituali agitur, veluti de matrimonio, & ſimilibus: attamen & ius Ciuile, quod attinet ad ea, quæ ex facto colligi, & præſumi debent, repudiandum non eſt, vbi Canones non aduerſentur.

Caput XXXII.

Vtrùm, ſi ſponſalia præceſſerunt per verba de præſenti inter impuberes, & adueniente pubertate, ſequantur actus coniugales, veluti oſcula, amplexus, & ſimilia, non tamen copula, matrimonium inducatur. Controuerſia VIII.

VERA & communis eſt ſententia præſumi matrimonium, *ita docent Gloſſ. in c. 1. §. illud. de deſponſat. impub. lib. 6. Henric. Boic. in c. atteſtationes, eod. tit. Bald. in conſ. 194. lib. 3. & alij quos refert & ſequitur Menoch. de præſumpt. lib. 3. c. 1. num. 64.*

Fundamentum eſt firmiſſimum in d. c. 1. §. 1. de deſponſat. impub. lib. 6. vbi Summus Pontif. ita dicit: [*Idem quoque ſi pubes, vel impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non ſupplebat, per verba contraxerint de præſenti ſponſalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt ſponſalia, &* *futuro (licèt verba conſenſum exprimentia de præſenti haberent, & matrimonium contrahere intenderent) contrahentes, per aduentum pubertatis, in matrimonium non tranſeunt de præſenti, nec matrimonium (quod vt matrimonium ætate non renuit prohibente) per lapſum dicti temporis conualeſcit, niſi per carnis copulam ſubſecutam, vel aliquem modum* (hæc verba faciunt ad rem noſtram) *alium contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ad pubertatis tempora perueniſſe conſtiterit euidenter.*]

Huic ſententiæ refragatur Couuarr. *in Epitome de ſponſal. part. 1. c. 4. §. 2. num. 5.* his argumentis. Primum, quia hæc ſponſalia intelliguntur eſſe de futuro, & facilius diſſoluuntur, quàm ſponſalia, quæ re & verbis futurum conſenſum præ ſe ferunt, *vt probatur in c. de illis, de deſponſat. impub.* Ergo non debent facilius hæc, quàm illa in coniugium tranſire. Illa enim in coniugium tranſeunt, per copulam duntaxat, *vt in c. is qui fidem, de ſponſalib.*

Reſpondeo, facilius in coniugium tranſire, quia ſunt ſponſalia de præſenti, licèt enim iuris interpretatione in ſponſalia de futuro reſoluantur, tamen ſi perſeuerantia voluntatis appareat, ex copula, vel ali-

quo alio modo, duplex conſenſus oritur. Vnde duplex funiculus magis ligat.

Secundum argumentum. Matrimonium poſt ſponſalia non datur, niſi ex conſenſu denuò expreſſè præſtito, vel tacitè præſumpto per copulam, ſimileve ſignum, atque ita vrgentem coniecturam, *c. vlt. de ſponſal.* Ergo ex amplexibus, oſculis, & ſimilibus, præſumi non debet.

Reſpondeo, immò eſt præſumendum. Nam quis negauerit oſcula, & amplexus actus eſſe coniugales, & ex quibus voluntatis in matrimonium conſtantia maximè appareat? Sufficit autem voluntatis perſeuerantia apparere, ſiue ex copula, ſiue ex aliquo modo, *vti docet Summus Pontifex in d. c. 1. §. de deſponſat. impub. lib. 6.*

Tertium argumentum, Summus Pontifex *in c. 1. §. 1. de deſponſat. impub. lib. 6.* vt conſenſus in hoc caſu præſumatur, copulam requirit, vel aliud ſimile. Abſurdum autem videtur oſcula, & amplexus copulæ comparare.

Reſpondeo; Non eſſe abſurdum in hac ſpecie, quia alius modus præter copulam, quo conſenſus demonſtretur, vix reperietur probabilior, cùm tales actus non niſi inter coniuges honeſtè exerceri poſſint.

Quartum argumentum. Canon requirit, vt de conſenſu conſtet euidenter alio modo, quàm per copulam, *vt in d. c. 1. §. 1.* Nullibi autem iure Canonico probantur tales coniecturæ, quæ oriuntur ex amplexibus, & oſculis.

Reſpondeo. Etſi non expreſſè probatæ ſint iure Canonico, non tamen improbantur, aut improbabiles exiſtunt. Nam & ex coniugali affectione fieri videntur, & ita præſumendum eſt, vt peccati præſumptio euitetur.

Illud non inficior, quod Couuarr. docet alium eſſe modum, quo euidenter appareat voluntatis, & conſenſus perſeuerantia, præter copulam, & actus iam dictos, nempè ſponſæ traditionem ad domum ſponſi, vel ſubarrationem.

Caput XXXIII.

Vtrùm ſponſalia diſſoluantur propter ſponſi abſentiam, ita tamen vt iuris Ciuilis diſtinctio ſit ſeruanda.

Octava controuerſia. Sponſalia diſſolui propter ſponſi abſentiam ſatis conſtar, ea diſtinctione adhibita, vt expectari per triennium debeat, *l. 2. C. Repud.* Vel per biennium, ſi in eadem ſit prouincia, *l. 2. C. de ſponſalib.* niſi iuſtum impedimentum illum abeſſe cogat, quia tunc expectandus eſt, donec impedimentum ceſſet, *l. Sæpè. ff. eod. tit.*

Iam controuerſia eſt, an hæc diſtinctio locum habeat, etiam inſpecto iure Canonico. Et locum habere reſponderunt Ioan. Andreas, Hoſtienſis, & Antonius Butr. *in c. de illis, de ſponſalib. Syluester Pierius in Summa, in verb. ſponſalia, quæſt. 10. Abbas in c. ſicut. de ſponſalib.*

Fundamentum eſt, quòd ea diſtinctio iure Canonico non improbetur. Quod autem iure Ciuili conſtitutum eſt, etiam Canones imitantur, niſi contrarium ſtatuant, *c. 1. & 2. de oper. noui nunc.*

Cæterùm, contrariam ſententiã habuerunt, idem Abbas, Cardinalis, & Præpoſitus *in d. c. de illis, Didac. Couuarr. in Epitome de ſponſal. in 1. part. c. 5. num. 7.*

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur. Nam quid ſit hac de re Sacris Canonibus conſtitutum, habetur in d. c. de illis, in hæc verba: [*De illis autem, qui præſtito iuramento promittunt ſe aliquas mulieres ducturos, & poſtea eis incognitis dimittunt terram, ſe ad partes alias transferentes, hoc tibi volumus innoteſcere, quod liberum erit mulieribus ipſis, ſi non eſt amplius in facto proceſſum, ad alia ſe vota transferre recepta tamen de periurio pœnitentia, ſi per eas ſteterit, quò minus fuerit matrimonium conſummatum.*]

Hic non adhibetur vlla temporis, aut loci diſtinctio, ſed Summus Pontifex liberum eſſe vult mulieri ad alia vota tranſire. Non ergo vlla diſtinctione opus eſſe videtur, ſi verſemur in ea ſpecie, de qua ipſe Pontifex ibi loquitur, nempè, de illis: qui poſt contracta ſponſalia ſe ad alias partes tranſ-

transferunt. Nam ſi in eadem prouincia reperiantur, & aliquo iuſto impedimento cogantur abeſſe, non puto à iuris Cæſarei diſtinctione recedendum.

Ex his patet reſponſum ad argument. in contrarium.

Caput XXXIV.

Si pubes ſponſalia contraxit cum impubere, per verba de præſenti, an aliam ducere vxorem poſſit, poſteaquam ſciuit, impuberem iam factum puberem, matrimonio conſenſiſſe.

NONA controuerſia. Pubes cum impubere matrimonium contraxit per verba de præſenti, poſteà impubes adulta ætate ſuperueniente, conſenſit matrimonio, vtrùm, poſtquam id ſciuit, aliam ducere vxorem poſſit. Et non poſſe, reſpondit Syluester Pierius *in Summa, in verbo, Matrimonium, 5. quæſt.* 8. & Gozandin. *in conſil.* 2. *num.* 11. 27. *&* 28.

Fundamentum eſt; Quia pubes à ſponſalibus, ita contractis, recedere non poteſt, *vt in 6. de illis. 2. de deſponſat. impuber.* Ergo cùm ſciat alterum iam factum puberem de nouo conſentire, non poteſt aliam ducere in vxorem: Neque enim conſenſus nouus ex parte ipſius puberis requiritur, licèt ex parte impuberis requiratur.

Sed contrariam ſententiam amplexi fuêre Baldus *in conſil.* 194. *&* 200. *lib.* 3. Ruinus *in conſ.* 203. *lib.* 1. Couuar. *in Epitome de ſponſalibus, in* 1. *part. cap.* 5. §. 1. *num.* 78. quibus & ipſe aſſentior.

Probatur ſententia ex c. vnic. §. 1. de deſponſat. impub. lib. 6. cuius hæc ſunt verba: [*Idem quoque ſi pubes, & impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non ſuppleat, per verba contraxerint de præſenti. Sponſalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt ſponſalia de futuro, licèt verba conſenſum exprimentia de præſenti haberent, & matrimonium contrahere intenderent contrahentes, per aduentum pubertatis in matrimonium non tranſeunt de præſenti. Nec matrimonium, quod vt matrimonium, ætate non tenuit, prohibente, per lapſum dicti temporis conualeſcit. Niſi per carnis copulam ſubſecutam, vel aliquem alium modum contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ad pubertatis tempora perueniſſe conſtiterit euidenter.*]

Reſpondet Pier. illa verba, *Contrahentes eoſdem*, intelligenda eſſe eo in caſu, quo ambo contrahentes impuberes exiſtant. Nam ſi vnus ſit pubes, eius nouus conſenſus non exigitur.

Confirmatur hæc interpretatio ex verbis ſequentibus textus: [*Contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ad pubertatem perueniſſe,*] quæ quidem verba locum ſibi vendicant in duobus impuberibus, vt patet.

Sed durum eſt contra ſtimulum calcitrare. Ait enim text. in princ. [*Idem quoque ſi pubes, & impubes, vel duo impuberes, &c.*] Et ſic loquitur expreſsè ac disertè, cùm pubes contrahit matrimonium cum impubere, & tandem in fine requirit, vt ambo in eadem voluntate perſeuerent, ibi: [*Eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis, &c.*]

Non obſtant illa verba, [*ad pubertatis tempora perueniſſe,*] quia non excludunt alium caſum, cùm ſcilicet, alter tantùm ad pubertatem peruenit, quoniam & hunc caſum in princ. S. Pontifex inſeruit. Itaque illa verba: [*Eoſdem ad pubertatis tempora perueniſſe,*] intelligenda ſunt de ambobus, ſi ambo fuerint impuberes, vel altero tantùm, ſi alter eorum tantùm impubes extiterit.

Ad argumentum Pierij reſpondeo, illud hoc in caſu locum non habere, cùm ſcilicet pubes contrahit ſponſalia cum impubere. Nam cùm ex parte impuberis neceſſaria ſit perſeuerantia, videtur etiam neceſſaria ex parte pubetis, quia ſolus ille conſenſus ex parte puberis, qui primo interuenit, non ſufficit ad inducendum matrimonium, neque enim matrimonium contrahitur ex conſenſu vnius tantùm.

Vt ergo matrimonium contrahatur, perſeuerantia requiritur ex vtriuſque parte. Neque enim licet puberi effecto allegare alterum ex antiqua promiſſione obligatum ſibi fuiſſe, cum ipſe illi non eſſet obli-

obligatus. Et quoniam Iuris interpretatione, quæ geſta ſunt, ſponſalia de futuro intelliguntur; vt docet Summus Pontifex neceſſariò inde efficitur nouo vtriuſque conſenſu opus eſſe.

CAPVT XXXV.

Vtrùm ex cohabitatione viri & mulieris matrimonium præſumatur, ad hunc effectum, vt filij habeantur pro legitimis, vbi diſcutitur: an filius in dubio præſumatur legitimus, nec ne

DECIMA controuerſia, Vtrùm ex cohabitatione viri, & mulieris matrimonium præſumatur, quò ad hunc effectum, vt filij nati legitimi ſint cenſendi.

Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ: Altera affirmans. Altera negans.

Affirmantis autores ſunt Panorm. *in cap. Lator, qui filij ſint legitimi.* Felin. *in c. per tuas, de probat.* Dec. *in c. Eccleſia, nu.39. de conſtit.* Curt. iun. *in conſ.52. col.1.* Iaſ. *in conſ.168. lib. 4.* Alciat. *de præſumpt. reg. 2. præſumpt. 5.* Menoch. *de præſumpt. lib.3. præſumpt.1. num.77.*

Negantis autem ſententiæ autores ſunt Henricus Boic. *in d. c. Lator, qui filij ſint legitimi.* Alciatus *de præſumpt. Regula 3. præſumpt. 1. num. 12.*

In eandem ſententiam propendet Couuar. *in Epit. de ſponſal. in 2. part. c.1. poſt num.5.*

Atque eidem ſententię adſtipulantur tacitè omnes, qui docent, filium in dubio non præſumi legitimum, ſed ſpurium. *Ita Natta in conſ.421. num.9. & 473. num.33. Dec. ad l. ſi emancipati, nu.9. C. de collat. Ruin. in conſ. 63. num.5. lib.2. D. Cephal. in conſ.593. numer.2. lib.4. Menoch. in conſ.60. num.12. lib.1.*

Quemadmodum & priori ſenten. tacitè adſtipulantur, qui putarunt filium in dubio legitimum præſumi. *Ita Bald. in conſ.473. Tit. lib.5. Ioan. Faber in §. vlt. in Inſtit. de adopt. Cæpolla cautel.118. Quis in dubio. Ruin. in conſ.109. num.37. lib.3. Marian. Soc. ſen. in conſ. 23. num. 19. lib.1. Berous in conſ.19. num.10. lib.2. Cotta in Memorial. in verb. Filius præſumitur. Illuſtr. & Reuerend. Cardinalis Paleot. in tract. de Nothis & Spurijs, c.10. numer.3. Menoch. de præſumpt. lib.6. præſumpt.54. num.20.*

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, cùm neceſſe ſit aliquem naſci ex licito, aut ex illicito concubitu, præſumendus eſt potius natus ex licito, quàm ex illicito. Nam vbi duæ tales præſumptiones oriri poſſunt, illa, quę delictum excludit, obtinere potius debet, quàm contraria, *ex traditis per Bart. in l. non ſolùm. §. ſed vt probari, nu. 5. ff. de oper. noui nunc.*

Secundum eſt ex c. Lator, qui filij ſunt legit. vbi pater illi onus probandi incubuiſſe, qui obiecit, filium non eſſe natum ex legitimo matrimonio.

Tertium eſt ex l. miles, §. defuncto, ff. ad leg. Iul. de adult. vbi pater, filium ex viro & vxore natum præſumi, licèt vxor adulterium aliquando commiſiſſet.

Quartum eſt ex cap. accedens, de purgat. Canonic. vbi Innoc. reſpondit, eum, qui ad ſacros ordines promoueri cupit, ſe legitimè natum probare debere, ſi fama ſit eum non fuiſſe ex legitimo matrimonio natum. Ergo ceſſante tali fama, præſumi videtur natus ex legitimo matrimonio, nec tenetur id probare.

Quintum. Spurij dicuntur eſſe manci, & imperfecti, *cap.3. Sapientiæ.* Ergo nullus talis eſt præſumendus.

Poſtremum argumentum illud eſt, quòd ſpurij videntur eſſe infames, tanquam nati ex concubitu illicito, quare in dubio nemo eſt ſpurius præſumendus, quia nec in dubio delictum præſumendum, *l. meritò. ff. pro ſocio.*

Poſterioris ſententiæ argumenta duo ſunt præcipua. Primum eſt, quia vt filius ſit legitimus, neceſſe eſt eum ex legitimo matrimonio natum eſſe, *l. filium definimus, ff. de his qui ſui vel alieni Iuris ſunt.* Matrimonium ergo eſt probandum, quia ex facto procedit, quod quidem factum non præſumitur, *l. in bello. §. facti. ff. de capt. & poſtlim. reuerſ.* Si ergo non probetur, filius præſumitur illegitime natus.

Alterum arg. eſt ex c. aliter. 30. q.5. in illis verbis: [*Ita peracta, legitima ſcitote eſſe connubia, aliter verò præſumpta, non connubia, ſed adulteria, vel contubernia, vel ſtupra, aut fornicationes potius quàm legitima coniugia eſſe non dubitatur.*]

Reſpon-

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores; Matrimonium quidem non præſumi, quo ad ipſos cohabitantes, ſed præſumi quo ad filios. Contra Henric. Boic, id fieri non poſſe contendit, quia vt filius legitimus eſſe præſumatur, debet etiam præſumi legitimum matrimonium.

Ego priorem ſententiam probabiliorem eſſe iudico. Et ad argumenta contrariæ opinionis ſic reſpondeo.

Ad primum reſpondeo, matrimonium quidem eſſe facti, ſed tamen & concubitum illicitum eſſe facti. Cùm ergo alterutrum ſit præſumendum, nempè aliquem eſſe natum ex legitimo matrimonio, vel ex illegitimo concubitu, exiſtimo, benigniorem ſententiam amplectendam potiùs quàm contrariam, cùm in dubio delictum præſumendum non ſit, & illa præſumptio ſit potior, quæ delictum ipſum excludit.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, textum *in d. c. aliter, 30. quæſt. 5.* non illud velle, vt filius præſumatur ſpurius, vel turpis ac illicitus concubitus, in dubio, ſed hoc tantùm, vel legitimum ſit coniugium, ſi vxor petatur, & à parentibus & proximioribus ſponſetur, & dotetur, & ſuo tempore à Sacerdote benedicatur; Aliter verò, ſi quis audeat, ſeu præſumat, non illud eſſe legitimum coniugium.

Cæterùm ſi nec primum nobis conſtet: Nempè, ita legitimè peractum eſſe, nec ſecundum; Nempè, ſi nec conſtet, ea non fuiſſe peracta, quę Summus Pontifex commemorat, verum in obſcuro ſit à nobis potiùs pręſumendum, eum qui dicitur eſſe natus ex Titio & Seia, natum fuiſſe ex illicito concubitu, quam ex licito, in eo loco Summus Pontifex non decidit. Præſumit quidem in deteriorem partem, *vt gloſ. ibi dicit,* ſed non in dubio.

Verùm eo in caſu, de quo loquitur: Nempè, vbi ſolennia, quæ recenſet, non interuenerunt. Et ſic in caſu certo. Si enim non appareat, matrimonium fuiſſe celebratum iis, quæ ſæpiùs adhibentur, & à lege exiguntur modis, non illud legitimum eſſe coniugium Pontifex exiſtimat; Et rectè. Sed noſtra diſputatio eſt, cùm verſamur in dubio, ita vt neutrum appareat, vel adhibita ſcilicet, vel non adhibita fuiſſe ſolennia, & dicimus potiùs legitimum coniugium, quàm contra, præſumendum; quia hæc præſumptio malum excludit, & filijs fauet, altera verò contraria, odium & delictum continet, & filijs nocet.

Capvt XXXVI.

Si matrimonium contrahatur inter eos, inter quos Canonicum ſubeſt impedimentum ſub conditione, ſi Summus Pontifex diſpenſauerit; an diſpenſatione ſecuta, ſtatim ſit verum matrimonium abſque nouo conſenſu?

Vndecima controuerſia. Si matrimonium inter duos contrahatur, inter quos legitimum ſit impedimentum, ſub ea conditione, ſi Summus Pontifex diſpenſauerit: an obtenta diſpenſatione ſtatim matrimonium eſſe dicatur abſque nouo conſenſu?

Affirmant Io. Calderinus, Antonius Butrius & Præpoſitus, *in c. ſuper eo, de cond. appoſ.* quorum ſententiam conſuetudine receptam eſſe teſtatur Boërius *deciſ. 264. numer. 27.*

Fundamentum eſt in communi Doctorum ſententia, quæ dictat, matrimonium ſub conditione contractum, eueniente conditione, ſtatim perfici abſque nouo conſenſu, *vt tradunt Innocent. & Abbas, in cap. de illis, de conditio. appoſ. & alij, quos commemorat Couuar. in Epitome, de ſponſal. in 2. part. c. 3. num. 5.* Quæ quidem ſententia probatur ex ea Iuris Regula; Contractum ſub conditione factum eueniẽte cõditione perinde habendum, ac ſi purè factus eſſet, *l. vltim. §. 1. ff. de Vulg. & ibi Angel. notat. Doctum in l. pecuniam in 2. notabili, ff. ſi cert. petat. Tiraq. de retractu conſang. §. 1. gloſſ. 2. num. 27.*

Contrariam ſententiam habuerunt Innocentius, Cardinalis, & Abbas *in d. c. ſuper eo, de cond. appoſ. Syluester in ſumma, in verbo, Matrimonium, 3. q. 9. Henricus in c. vlt. de cond. appoſ. Aretinus in conſ. 142. col. 4. alios citat Couuar. loco proximè citatò, num. 7. & videtur ipſe in hanc ſententiam propendere.*

Fundamentum eſt, quia conditio impoſſibilis matrimonio adiecta, pro non ſcripta habetur, ipſaque vitiatur, & non vitiat: & ideo matrimonium purè contractum intelligitur, *cap. vltim. de condit. appoſ.* ſed iſta conditio: Si ſummus Pontifex diſpenſauerit, impoſſibilis reputatur, quia conſenſum Principis requirit, *argumento l. inter ſtipulantem. §. Sacram. ff. de verbor. oblig. & l. continuus, §. eum qui. ff. eod. tit. & l. apud Iulianum. §. Conſtat, de leg. 1.*

Mihi hæc poſterior ſententia prima ſpecie videbatur probabilior, non quidem eo argumento, quod proximè retuli, illud enim confutat Couuarr. *loco annotato.* quia non impoſſibile reputatur illud, ad quod obtinendum conſenſus Principis requiritur, niſi quando id concedere Princeps nõ ſolet, *vt probatur in d. §. Conſtat, & in l. intercidit, ff. de cond. & demonſt. & in l. quidam relegatus, ff. de reb. dub.* Pontifex autem ſolet diſpenſare in eiuſmodi impedimentis matrimonij, vbi iuſta ſubeſt cauſa, vt notum eſt.

Sed alio argumento verior mihi videbatur poſterior ſententia, nempè ex *cap. ſuper eo, de condit. appoſ.* vbi ſummus Pontifex declarat matrimonium ſub conditione, contractum, etiam per verba de præſenti, habendum non eſſe pro matrimonio de præſenti. [*Cùm huiuſmodi conſenſus*, inquit, *non ſit de præſenti habendus, licèt per verba de præſenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, ſed habendo, conſiſtit,*] (erat enim ea in ſpecie ita matrimonium contractum, ſi pater conſentiret) Itaque patre conſentiente, is, qui promiſit, cogi poteſt ad contrahendum matrimonium, vt ibi dicit textus. Conſequenter matrimonium eueniente conditione nouiter eſt contrahendum per verba de præſenti, & conſequenter nouo conſenſu eſt opus.

Nec obſtare videbatur illa communis ſententia, qua prior ſententia nititur, quia reprobatur à Theologis, *vt demonſtrat Couuarr. loco annotato paulò antè num. 6.*

Quod verò dicebatur; Iuris Regulam hoc velle, vt conditionalis contractus eueniente conditione pro puro habeatur, locum habere poſſe videbatur, quantum ad hunc effectum, vt non ſit locus pœnitentiæ, non autem quoad hoc, vt contractus habeatur pro perfecto, ita vt nouus conſenſus non requiratur, *vt in d. c. ſuper eo.*

Sed tamen penitus re conſiderata, prior ſententia verior videtur. Nam communis illa ſententia, ex qua fundamentum habet veriſſima eſt, quicquid obijciat Couuarr. *ex dict. cap. ſuper eo.* Neque enim illius Canonis ſenſus eſt, Matrimonium per verba de præſenti ſub conditione contractum, non intelligi eſſe de præſenti, ſed de futuro; ſed ſenſus eſt, Matrimonium ſub ea conditione contractum, conſummandum non eſſe, niſi pater conſentiat: Ita dicit ibi ſummus Pontifex.

Poſteà tacitæ obiectioni reſpondet: Nam ſponſalia ſub conditione facta, firmiter obſeruanda ſunt etiam conditione deficiente, ſi alterum interuenerit, conſenſus de præſenti, vel carnalis copula, *vt in c. de illis de eod. tit.* Sed in propoſita ſpecie adeſt conſenſus de præſenti, quia contractum fuit matrimonium per verba de præſenti. Ergo licèt conditio deficiat, cogendus eſt ad matrimonium conſummandum ille, qui conſenſit.

Reſpondet Summus Pontifex, negando aſſumptionem, ſcilicet, in ea ſpecie conſenſum eſſe de præſenti, [*Quia in alieno arbitrio*, inquit, *non habito, ſed habendo, conſiſtit.*]

Sed reddamus verba Summi Pontificis, quo res clarior exiſtat. Sic autem ait: [*Super eo verò, quod poſtulaſti, vtrum ille, qui in quandam mulierem conſenſit, ſi pater eius ſuum præſtaret aſſenſum, ſit ad conſummandum matrimonium compellendus. Reſpondemus, quod cùm conſenſus liber dici non poſſit, qui alieno arbitrio reſeruatur, at conditionem ipſam Canonica non improbent inſtituta, niſi voluntas patris poſtmodum intercedat, nequaquam cogendus eſt ad matrimonium contrahendum. Nam licèt Alexander Papa reſponderit, quod ſponſalia interpoſita conditione contracta ipſa non repleta, ſi conſenſus de præſenti intercedat, vel carnalis copula ſubſequatur, diſſolui non debeat, ſed firmiter obſeruari, nequaquam eſt noſtræ definitioni aduerſum, cùm huiuſmodi conſenſus non ſit de præſenti habendus, licèt per verba*

de præ-

de præſenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, ſed habendo conſiſtit.] Hactenus ille.

Hoc igitur vult Summus Pontifex: In ſua ſpecie, non eſſe conſenſum de præſenti, quemadmodum in ſpecie, de qua reſpondit Alexander Papa, ſed quia matrimonium ſit abſque nouo conſenſu, ſi conſenſus patris accedat, non negat ibi Pontifex, qui propterea quærit, an conſenſu patris accedente, is, qui ſic contraxit, ad conſummandum matrimonium ſit cogendus? Et cogendum eſſe reſpondet: Et licèt dicat, niſi voluntas patris poſtmodum accedat, nequaquam cogendus erit ad matrimonium contrahendum, tamen illud verbum, *Contrahendum*, eſt idem S. Pontifici ac verbum, *Conſummandum*, quo in quęſtione vſus eſt, vt ſic reſponſum congruat quæſtioni propoſitæ.

At Couuar. ſic argumentatur, Matrimonium ſine conſenſu non contrahitur, Hic autem conſenſus non eſt: Ergo nec matrimonium eſt. Probatur Minor, quia non eſt à principio talis conſenſus, qui ad matrimonium ſufficiat, cùm ſit conditionalis. [*Nec oberit*, inquit, *conditionis euentus. Nam ſi diſſenſerunt contrahentes ante euentum conditionis, euentus conditionis nihil operatur.*

Reſpondeo; Id nego: nempè, ſi ante conditionis euentum contrahentes diſſentiant nihil operari euentum conditionis. Nam vbi ſub conditione contractus geritur, non licet conditione pendente, alteri pœnitere, *l. hac venditio. ff. de contrahen. empt. Alex. in conſ. 40. in princip. lib. 5.* Nec contrarium probat Couuarr.

Non obſtat id, quod dicit, conditionem de futuro id efficere, vt conſenſus expreſſus per verba de præſenti, dicatur eſſe pendens de futuro, & ideo ante impletam conditionem non ſit ſufficiens. Etenim id concedo. Sed dum ſubdit, [*Conſenſum autem pendere in futurum, in virtute eſt eſſe de futuro,*] id nego, niſi intelligatur in virtute eſſe de futuro, quatenus conditionis euentus expectatur, vt conſenſus effectum habeat. Sed conditione impleta jam conſenſus effectum obtinet, non aliter, atque ſi initio nulla fuiſſet adiecta conditio.

Cæterùm, cùm hodiè ex Sacroſancti Conc. Trid. Decretis Seſſ. 24. multa fuerint ordinata, quæ huic ſententiæ noſtræ forſitan aduerſentur, conſultum fuit Conſtitutioni Sacroſanctæ inhærere, nulla ratione habita huius noſtræ opinionis. Video enim opus eſſe nouo conſenſu ob formam introductam ab eodem Concilio circa matrimonia contrahenda, propter ſolennitates ab eo requiſitas; & ob pœnam conſtitutam in eos qui intra gradus prohibitos ſcienter contraxerint, *vt in d. ſeſſ.* 24. *c.* 5. quam ob rem ſeruanda erit dicta forma; nec præter eam euagari licebit.

CAPVT XXXVII.

Vtrum matrimonium ea lege contrahi poſſit, vt non intercedat copula carnalis.

DVodecima controuerſia. Vtrum matrimonium ea lege contrahi poſſit, vt non intercedat copula carnalis?

Contrahi poſſe affirmant Paludanus *in 4. ſent. diſt. 30. q. 2. concl. 2.* Io. Imolenſis *in l. Vbi ita donatur. ff. de donatio. cauſa mortis.* Andreas Siculus, *in c. vlt. de Precario.*

Fundamentum: quia matrimonium non vitiat perpetua continentia, qualis etiam fuit inter beatam Virginem & Ioſephum inter quos tamen perfectum fuit ac perpetuum coniugium, *c. coniunx, 27. q. 2.*

Sed contraria ſententia videtur mihi probabilior, quam ſecuti ſunt D. Thomas *in 4. ſentent. diſtinct. 28. q. vlt. in fine.* Adrianus *q. 9. de matrimonio.* Syluеſter, *in verbo, Matrimonium, 4. q. 6.* Abbas *in c. commiſſum, de ſponſalib.* Couuarr. *in Epitome, in 2. parte, cap. 3. §. 1. num. 4. & 5.*

Probatur hæc ſententia ex *c. vlt. de Conditionibus appoſ.* vbi Gregorius IX. ita dicit: [*Conditiones contra ſubſtantiam coniugij inſerantur: Puta ſi alter dicat alteri. Contraho tecum ſi generationem prolis euites, vel donec inueniam aliam honore & facultatibus ditiorem, aut ſi pro quæſtu adulterandam te tradas, matrimonialis contractus quantumcunque ſit fauorabilis, caret effectu.*] Hactenus Gregorius.

Ad contrariæ ſententiæ argumentum reſpon-

ſpondetur. Conſiſtere quidem matrimonium poſſe, licèt coniuges perpetuam ſeruent caſtitatem, ſed tamen id in pactum deduci non poſſe, quia eſt contra ſubſtantiam matrimonij. Neque verò pactum tale fuit inter beatiſſimam Virginem & S. Patriarcham. Nec eſt nouum, vt aliquid impediat matrimonium contrahi, quòd non dirimat contractum, *c. rurſus, qui clerici vel vouentes, &c.*

Capvt XXXVIII.

Quid ſi non ambo contrahentes matrimonium, in eam conditionem conſenſerint, quæ contra ſubſtantiam matrimonij eſt, ſed vnus tantùm, deinde copula carnalis intercedat; an matrimonium præſumatur?

DEcimatertia controuerſia. Cùm matrimonium non valeat, vbi conditio adijcitur, quæ contra ſubſtantiam eius eſt, *vt in d. c. vlt. de condit. appoſ.* Si non contrahentes ambo in eam conditionem conſenſerint, ſed alter tantùm, deinde copula carnalis intercedat, vtrum in vim ſponſaliorum; quæ per copulam ſubſecutam matrimonium inducant contractus valeat, controuerti ſolet.

Nam id affirmant Hoſtienſis, Innocentius, Abbas, & Præpoſitus, *in c. vlt. de Cond. appoſ.* Rubeus, Alex. *ad l. Non ſolùm §. Morte, numer. 590. ff. de oper. noui nunc.* Syluester, *in verbo, Matrimonium, 4. q. 5.*

Fundamentum eſt *in c. aliquando, 32. quæſt. 2.* in illis verbis: [*Si ambo tales ſint, coniuges non ſunt, & ſi ab initio tales fuerunt, non ſibi per connubium, ſed per ſtuprum potiùs conuenerunt. Sin autem ambo non ſunt tales, audeo dicere, aut illa quodammodo eſt mariti meretrix, aut ille adulter vxoris.*]

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Adrianus, *in 4. ſentent. quæſt. 9. de Matrimonio.* Imola, *in l. Vbi ita donatur, ff. de donatio. cau. mor.* Aretin. *in l. 1. § Sed ſi mihi, col. 3. ff. de verb. oblig.* & Couuat. *in Epitome de ſponſalibus, parte 2. c. 3. § 1. num. 11.*

Fundamentum eſt, quia is, qui conditionem adiecit matrimonio, non ſimpliciter conſenſit, ſed ſub conditione. Sponſalibus autem nullo modo conſenſit. Quoties autem ex contrahentibus alter ſub conditione, alter purè conſenſit, nulla inter eos oritur obligatio, *l. 1. §. ſi quis ſimpliciter, ff. de verb. oblig.*

Sed mihi prior ſententia videtur longè probabilior, non quidem eo argumento, quod proximè relatum eſt, quia textus *in d. c. aliquando.* de alia ſpecie longè diuerſa loquitur. Sed eo argumento, quod cùm intercedit copula carnalis, is, qui conditionem illam adiecerat, ab ea receſſiſſe videtur, cùm intelligat alteram non conſenſiſſe in eam conditionem. Hoc probari poteſt argumento ſumpto *ex c. per tuas. de cond. appoſ.* in illis verbis: [*Conſultationi tuæ taliter reſpondemus, quòd cum liquidò conſtet, quod poſt contracta ſponſalia carnalis eſt inter eos copula ſubſecuta, pro matrimonio eſt præſumendum, quia videtur à conditione appoſita receßiſſe.*] Sic igitur & in propoſita quæſtione dicendum videtur.

Non obſtat argumentum in contrarium, quia licèt diuerſitas obligationis à principio fuerit inter contrahentes, poſteà tamen ex interuallo præſumuntur prorſus conſenſiſſe, propter copulam carnalem, ad tollendam peccati præſumptionem. Et quando diuerſitas reſponſionis ſtipulatori placet, alia ſtipulatio contracta eſſe intelligitur, *vt in d. l. 1. §. ſi quis ſimpliciter. ff. de verb. oblig.* Et licèt text. ibi requirat, *vt illicò placeat*, tamen in ſtipulatione loquitur, quæ non admittit temporis interuallum. At in contractu matrimonij, nihil obſtat temporis interuallum, dummodò adſit conſenſus, *vt patet ex d. c. per tuas, de cond. appoſ. & ex c. is qui fidem, de ſponſalib.*

Capvt XXXIX.

Vtrum matrimonium ſub conditione contractum, quæ omninò extitura eſt, valeat, perinde ac ſi purè contractum eſſet.

DEcimaquarta controuerſia. Si matrimonium ſub conditione fiat, quæ omninò

ninò extitura ſit, vtrum ſtatim valeat, an verò expectanda ſit conditio?

Non ſtatim valere, ſed conditionis euentum expectandum, ſenſit gloſſ. *in c. per tuas, in verbo, Præſumendum, in fine, de condition. appoſ.* Ioan. Andreas, & Antonius Buttrius *ibidem.*

Quorum illud fundamẽtum puto, quòd regulariter ita ſit conſtitutum, vt matrimonium ſub conditione factum, non valeat, antequam conditio eueniat, *vt in c. ſuper eo, de cond. appoſ.*

Iaſon autem *in l. impoßibilis, col. vltim. ff. de verb. oblig.* ita diſtinguit, vt ſi quidem ſit certum, conditionem exrituram, & ſimul etiam tempus, quo extitura ſit, tunc matrimonium purè contractum intelligatur, ſecùs verò, ſi tempus, quo extitura eſt, incertum ſit, quia tempus incertum, pro conditione habetur, *l. 1. l. dies incertus, l. quibus diebus. §. quidam Titio, ff. de cond. & demonſt. gloſ. in l. in omnibus obligationibus, de reg. iur. Bartol. in l. ita ſtipulatus, in 2. quaſt. ff. de verb. oblig.*

Sed mihi eorum ſententia probabilior videtur, qui exiſtimant hoc in caſu matrimonium, purè contractum videri, *ita docuerunt Hoſtienſis Cardinalis, Abbas & Præpoſitus, in d. c. per tuas, de cond. appoſ. Syluester, in verbo, Matrimonium, 3. quaſt. 2. & alij, quos refert & ſequitur Couarr. in Epitome de ſponſalibus, in 2. part. c. 3. § 2. num. 10.*

Probatur hæc ſententia. Nam qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omninò extitura eſt, purè videtur ſtipulari, *l. pupillus. § 1. ff. de Nouatio. l. quod ſi ea. ff. de condict. indeb.*

Non obſtat id, quod dicitur; Diem incertum pro conditione haberi, quia id procedit in teſtamentis & vltimis voluntatibus, *l. dies incertus. ff. de cond. & demonſt.* Ratio eſt; vti declarat optimè Caſtrenſis, *in l. 1. numer. 6. ff. eod. tit.* quia non eſt certum debitum iri. Nam ſi legatarius decederet, non tranſmitteret, quod in contractibus & alijs actibus inter viuos dici non poteſt; Quare ſi tempus ſit incertum in ſpecie de qua agitur, moram potiùs matrimonio, quam conditionem iniectam eſſe exiſtimo, ſicuti alibi Iuriſconſultus docet, *in leg. heres meus. ff. de cond. & demonſt. ibi: Non conditione, ſed mora ſuſpenditur, &c.*

CAPVT XL.

Vtrum valeat matrimonium, vbi quis metu coactus fuit illud contrahere cum vna cum pluribus fœminis, puta cum vna ex filiabus Sempronij.

Decimaquinta controuerſia. Contraxit quis matrimonium metu coactus cum vna ex filiabus Sempronij, vtrum valeat?

Et valere docuerunt Abbas *in cap. cum terra, de electio.* Zochus & Præpoſitus, *in c. cùm locum, de ſponſalib. Fel. in c. in præſentia, num. 37. de probat. Iaſon in l. Titia, num. 6. ff. de verb. oblig. Ioannes Lup. in c. per veſtras, in 3. notab. § 2. de donatio. Sylua nuptialis, lib. 2. num. 119.*

Fundamentum eſt: quia non videtur ſublata libertas hoc in caſu, quod probatur à ſimili. Nam conſuetudo non valet, quæ libertatem aufert electionis, *cap. cùm terra, de electio.* Et tamen illa valet conſuetudo, quæ facit, vt ex certo perſonarum genere electio fiat, *c. cùm dilectus, de conſuet.*

Contrariam ſententiam probabiliorem eſſe puto, *quem ſecuti fuêre Baldus in conſil. Schiſmatis, col. 4. Fortunius in tract. de vlt. fine, Illatione 21. Decius in c. licet, col. pen. de elect. & alij, quos refert & ſequitur Couuar. in Epitome de ſponſalib. in 2. parte, c. 3. § 5. poſt num. 7. verſic. ſecundò procedit.*

Fundamentum eſt firmiſſimum: quia ad matrimonium cõtrahendum libertas ſumma requiritur, *cap. cùm locum, de ſponſalibus.* Nec valet vbi metus intercedit, *c. veniens, 2. eod. tit. c. ſignificauit, de eo qui duxit vxorem, &c.* Sed in hac ſpecie libertas non eſt, quia metus interuenit. Ergo matrimonium nullius eſt momenti. Aſſumptio patet: quia quis cogitur accipere vnam ex illis mulieribus in vxorem, cùm tamen vel nullam accipere vellet, vel fortè etiam vxorem ne- - - cere.

Ad argumentum à ſimili re[illegible] deo, magnam eſſe diſſimilitudinem, quia conſuetudo illa, vt electio fiat ex certo perſonarum genere, ſumma ratione introduci potuit; Quare debet eius vigore quis

vnam eligere ex dictis perſonis. Sed vt quis vnam ex certis fœminis vxorem ducere compellatur, id perquam iniquum eſt, cùm ſummam libertatem matrimonialis contractus exigat, nec vlla ratio ſuppetere poſſit, qua quis cogi ad illud contrahendum poſſit, vel cum certo perſonarum genere. Sed res mihi videtur longè clarior, quàm vt maiori egeat diſputatione.

CAPVT XLI.

Sitne matrimonium contractum illis verbis: Habebo te in vxorem: Vel, Iuro ac promitto me in legitimam vxorem te habiturum.

DECIMASEXTA controuerſia. Promiſit quiſpiam in hunc modum mulieri. Habebo te in vxorem, vel Promitto ac iuro me in vxorem te habiturum. Vtrum matrimonium contractum eſſe intelligatur; An verò ſponſalia de futuro?

Et matrimonium contractum videri reſponderunt glo. *in c. ex parte, de ſponſalibus, & in c. ſi quis diuinis, 30. q. 5.* Abbas & Decius; *in c. iurauit, de probat.* Præpoſitus *in d. c. ex parte,* & alij magis communiter.

Argumenta ſunt tria. Primum ex cap. *ex parte de ſponſalib.* in illis verbis. [*Andreas iuramentum præſtitit, quòd eam ab eo tempore pro coniuge teneret, &c.*] quibus verbis Pontifex præſupponit matrimonium contractum.

Secundum eſt ex d. c. ſi quis diuinis, 30. q. 5. [*Si quis diuinis,* inquit textus, *tactis ſcripturis, iurauit mulieri; legitimam ſe eam vxorem habiturum, &cæt. Fit illa legitima vxor, quamuis nulla dos, nulla ſcriptura alia interpoſita ſit.*]

Tertium eſt huiuſmodi. Qui vult antecedens, velle intelligitur & conſequens, *l. illud. ff. de acquir. hered.* Igitur ſi vult eam in futurum vxorem habere, neceſſe eſt, vt illis verbis matrimonium contraxiſſe intelligatur. *Vide pro eadem ſententia Iacob. Menoch. de præſumpt. lib. 3. cap. 3. num. 3.*

Cæterùm, non matrimonium contractum videri, ſed ſponſalia de futuro, reſpōderunt quidam Doctores antiqui, quorum facit mentionem Gloſſ. *in d. c. ex parte,* Magiſter Sententiarum, & alij, *quos refert & ſequitur Couarr. in Epitome de ſponſalib. parte 2. cap. 4. § 1. num. 5.*

Fundamentum eſt: quod illa verba futurum tempus reſpiciunt, vt patet, nec neceſſariò conſenſum important de præſenti, quare potiùs ſponſalia de futuro contracta eſſe intelliguntur, quàm matrimonium de præſenti.

Ad textum in d. cap. *ex parte,* reſpondent; Verba contrahentium in ea ſpecie tempus præſens reſpicere: [*Iurauit,* inquit textus, *quod eam ab eo tempore pro coniuge teneret.*]

Ego quidem in hanc poſteriorem ſententiam eſſem procliuior, ſed vt illi non adhæream, illud facit, quòd illa verba ita poſſunt intelligi, vt conſenſum in matrimonium de præſenti contineant: Et licèt etiam ita poſſint intelligi, vt importent ſponſalia de futuro, tamen illa interpretatio præualere debet, quæ matrimonio fauet, autoritate textus *in d. c. ſi quis diuinis, 30. q. 5.* Ait enim textus: [*Si quis iurauit mulieri ſe eam vxorem legitimam habiturum, fit illa legitima vxor.*] Ego intelligo; fieri ex ea promiſſione ſeu iuramento, non autem ex futuro conſenſu & contractu.

Ad contrarium argumentum reſponſio patet, quia etſi ad futurum tempus illa verba referantur, includunt tamen conſenſum de præſenti in matrimonium, quaſi is, qui ſic promiſit, eam mulierem iam duxerit in vxorem, & ideo illam pro tali ſe habiturum dixerit, ſeu iurauerit.

CAPVT XLII.

Sed quid ſi dixerit. Non habebo aliam vxorem niſi te: Sitne contractum matrimonium, vel ſponſalia.

DECIMASEPTIMA controuerſia. Sed quid ſi dixerit: Non habebo aliam vxorem, niſi te, an intelligatur matrimonium contractum, vel ſponſalia?

Et matrimonium contractum videri reſponderunt Cardin. Abbas, & Præpoſitus *in c. ex parte, de ſponſalib.* Alexand. *in conſil. 152. lib. 5.* *Syluester in verbo Matrimonium, 2. q. 10.*

Lupus

Iaſon & Curtius Iunior, in l. Actione. C. de tranſact. Menoch. de præſumpt. lib. c. 3. num. 8.

Fundamentum eſt, quia dictio, *Niſi*, negationi poſtpoſita, affirmat. Quamobrem eſt perinde, ac ſi dicatur, Non habebo aliam vxorem, quàm te, & habebo te in vxorem, Ergo matrimonium inducitur.

Sed contrariam ſententiam amplector vna cum Calderino, Butrio & Zocho *in d. c. ex parte, Capolla in conſ. 1. Ciuilium, in 3. col. Alciato, in d. l. Actione. C. de tranſact. & Couuar. in Epitome de ſponſalib. in 2. parte, cap. 4. §. c. num. 1.*

Fundamentum mihi videtur ſolidiſſimum, quia talis oratio ita eſt accipienda, vt ſi quis vxorem ducere voluerit, illam, & non aliam ducere teneatur, non autem vt ſe obliget ad illam vxorem ducendam. Quid enim, ſi vitam cœlibem ducere maluerit? Veluti, ſi quis dixerit, promitto me non alienaturum extra familiam prædium, non iccirco promittere videtur, ſe intra familiam alienaturum, ſed ſenſus eſt, vt ſi alienare voluerit, non extra familiam alienet.

Huic interpretationi fauet textus in l. ſi ſterili, §. pen. ff. de act. empt. [*Sed etſi fundum, inquit, ita vendidero, vt nulli alij quàm mihi, eum venderes, actio eo nomine ex vendito eſt, ſi alij vendideris.*] Et ſic non dicit Iuriſconſultus, agi poſſe, vt mihi vendas, ſimpliciter & abſolutè, quamuis fortè nolis alicui vendere.

Adſtipulatur etiam textus *in l. Titia. §. vltim. ff. de Manumiſſis teſtam.* in illis verbis: [*Oneſiphore, niſi rationes reddideris, liber ne eſto. Potiùs adimi libertatem, quàm dari.*]

Ergo dictio illa, *Niſi*, affirmationis vim habet, ſed in eum ſenſum, de quo dictum eſt, id eſt, Non habebo aliam vxorem, quàm te, Et te habebo in vxorem, ſi vxorem ducere in animum induxero, non autem ſimpliciter & abſolutè.

Capvt XLIII.

Filius an in dubio præſumendus ſit naturalis, hoc eſt, natus ex concubina, an verò ſpurius, hoc eſt, natus ex coitu damnato & punibili.

Filivm in dubio naturalem eſſe præſumendum, non autem ſpurium, reſponderunt Baldus *in conſil. 448. numer. 4. libro 1.* Crauetta *in conſil. 138. numer. primo, & 166. numer. 1. Alciatus in conſil. 58. numer. 13. lib. 9. & 158. numer. 3. eodem libro. Simon Prætus in conſil. 127. numer. 8. Dominus meus Cephalus in conſil. 608. numer. 10. lib. quarto. Hyppol. Rimínald. in conſil. 157. numer. 109. lib. 2. Couuarr. in Epitome de ſponſalibus, in 2. parte, cap. 8. §. in principio.*

Fundamentum eſt: quia delictum non eſt præſumendum, *l. merito. ff. pro ſocio* Eſt autem maius delictum ex coitu damnato & punibili, quam ex concubinatu legi Ciuili non prohibito.

Sed contrarium reſponderunt; Nempè ſpurium potiùs eſſe præſumendum. Natta *in conſil. 421. numer. 10.* Alciatus *de Præſumptio. Regula 2. Præſumpt. 5. numer. 4. & reſponſo 123. numer. 10. & 268. numer. 2. & 269. numer. 1. Menochius de Præſumpt. libro 6. Præſumpt. 54. numer. 2. & in conſil. 60. num. 12. lib. 1.*

Fundamentum eſt: quia vt iuſtus ſit concubinatus, multa requiruntur. Primum, vt mulier non ſit vilis conditionis. Deinde, vt in ſchemate concubinæ retineatur. Tertiò, vt ſit ſola, nec cum alio rem habuerit.

Poſtremò, vt proteſtatio præceſſerit, *vt per Grammaticum omnia diligenter explicantem, Voto 4.* Omnis autem, qui nec ex legitimo matrimonio naſcitur, nec ex tali concubinatu, appellatur ſpurius, *vt declarat Bartolus ad l. vltimam, ff. de his quibus vt indign. Cagnolus in l. ſi qua Illuſtris, C. ad Orficianum, num. 3.* Hæc igitur omnia probanda ſunt, non præſumenda, ergo filius non præſumitur in dubio naturalis, ſed ſpurius.

Ego verò priorem ſententiam æquiorem ac benigniorem eſſe iudico, & amplector, vt ſcilicet minus malum ſit præſumendum, & quod leuiorem infamiæ maculam adſpergit, *argumento l. ſi Præſes. ff. de Pœnis,* Et præſertim, quia nouiſſimè Rota Romana hanc ſententiam eſt ſecuta, *vt patet ex deciſ. 808. in 1. parte.*

Confirmari poteſt ex c. 2. de filijs preſbyteror. & ex c. veniens, de Accuſatio. quibus in locis dicitur, non præſumi quempiam genitum eſſe in ſacerdotio, licèt ſacerdotis filius exiſtat. *Idem habetur in c. inter cæter. u. eod. tit. de filijs presbyteror.*

Ex hoc argumentum ſumitur, Iuris præſumptionem eſſe procliuiorem in eam partem, quæ benignior eſt, & grauioris criminis tollit ſuſpicionem.

Huc accedat, quòd loquendi vſum ſpectemus, & ſententiam iure Canonico receptam, vt filius ſit naturalis, ſufficit eum natum ex his, inter quos matrimonium contrahi poterat. *Vide Couuar. de ſponſalib. in 2. parte, c. 8. §. 4. in principio. Et Sarmientum ſelectar. interpret. lib. 1. cap. num. 2.*

Vnde argumentum contrariæ ſententiæ facilè refellitur, præterquam quod, vt ex ſtupro vel adulterio, aut alias damnato coitu quis præſumatur natus, multa etiam in facto requiruntur, quæ quò grauiora & turpiora ſunt, eo minus præſumenda videntur.

Nec obſtat, ſi dicatur; Mulierem in dubio virginem præſumi, *ex traditis per Abbatem, in c. 1. de adult. & Clarum in §. Stuprum, verſic. Sed pone.* Et conſequenter præſumitur ſtuprata, & ſic ex ſtupro natus filius; Quia Panormitanus & Clarus loquuntur, vbi mulier ſe virginem fuiſſe aduerſus ſtupratorem allegat, tunc enim in odium & præiudicium delinquentis, præſumitur eſſe virgo. Sed de hac ſpecie noſtra non eſt diſputatio.

Capvt XLIV.

Vtrùm filius exhæredari à patre poſſit, ſi vxorem ducat abſque eius conſenſu.

Filium familias abſque patris conſenſu matrimonium contrahere poſſe, certi ac indubitati Iuris nunc eſt ex Concil. Tridentino, *Seſſione 24. In decreto de matrimonijs clandeſtinis. Vide Cardinal. Robertum Bellarminum in 2. Tomo Controuerſiarum fidei, de matrimonij Sacramento, lib. 1. c. 19.*

Illud nonnihil controuerſum eſt, an filius eam ob cauſam exhæredari à parente poſſit.

Affirmat enim. Caſtrenſis *in l. ſi filiam. C. de inoffic. teſtam.* autoritate textus *in Auth. Sed ſi poſt, eodem tit.* Verba hæc ſunt: [*Sed ſi poſt viginti quinque annos te differente filiam marito copulare, in ſuum corpus peccauerit, vel ſine conſenſu tuo, marito ſe, libero tamen, copulauerit, eam exhæredare non potes.*] Ex his verbis patet à contrario ſenſu filiam exhæredari poſſe, ſi marito ſe copulauerit abſque conſenſu patris, quando non eam diſtulit parens marito copulare.

Secundò, autoritate text. *in l. 3. §. ſi emancipatus. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* in illis verbis: [*Nam etſi tam ignominioſam duxerit vxorem filius, vt dedecori ſit tam ipſi, quàm patri talem mulierem habere, dicemus & ex ea natum ad bonorum poſſeſſionem aui admitti, cum poſſit auus iure ſuo vti, eumque exhæredare.*]

Et licèt iure Canonico inſpecto matrimonium à filiofam. contractum abſque conſenſu patris valeat, nihil tamen hoc obſtat, quia ius Canonicum diſponit de matrimonio, non autem de iniuria illata parenti. Sic & mulier ſecundo nubendi liberam habet iure Canonico poteſtatem, *c. cùm ſecundum, de ſecund. nupt.* & tamen legum pœnis eſt obnoxia, excepta infamiæ pœna, quoniam ex communi ſententia non ſunt illa ſublata, quæ in fauorem prolis ex primo matrimonio ſuſceptæ aduerſus ſecundo nubentes mulieres ſunt conſtitutæ.

Cæterùm diuerſam alij multi ſententiam habuerunt: Nempè, eo duntaxat in caſu exhæredari poſſe filium vel filiam, quo indigno nubit. *Ita gloſſ. in c. de raptoribus, 36. q. 1. Baldus in l. nec filium. C. de nupt. & in l. ſi pater. C. de ſponſalib. Anton. Butr. in c. accedens, de Procur. Anchar. in conſ. 21. Pariſius in conſ. 29. lib. 3. Bal. Nouell. de dote in 6. part. priuil. 16. num. 6.*

Fundamentum eſt in d. l. §. *ſi emancipatus. ff. de bono. poſſeſſ. contra tab.* ibi: [*Nam etſi tam ignominioſam duxerit vxorem, &c.*]

Tertia eſt ſententia vera & communis; Filios nubentes abſque conſenſu patris, licèt

cèt grauiter peccent, exhæredari tamen non poſſe. *Ita docent Abb. & Hoſt. in c. 1. de ſponſal. & in conſ. 12. lib. 1. Ioan. Lupus in c. per veſtras, de donat. in 3. not. §. 9. Dec. ad l. nuptias de reg. iur. & in conſ. 231. Iaſ. in Auth. Sed ſi poſt C. de inoff. teſt. Felin. in c. Eccleſia, num. 59. de conſtit. Vaſquius de ſucceſſ. creat. lib. 1 §. 10. num. 628. Couuar. in Epitom. de ſponſal. in 2. part. c. 3. §. 8. num. 5. Hippol. Rimin. in conſ. 133. lib. 2.*

Probatur hæc ſententia regula generali. Quod fit iure permittente, pœnam non meretur, *l. 4. C. de adult. c. cùm ſecundam, de ſecund. nupt.* Item quia matrimonium debet eſſe liberum, *c. cùm locum, de ſponſal. ib. c. Gemma, eod. tit. & habetur in Concilio Tridentino Seſſ. 24. cap. 9.* Ergo neque directè, neque indirectè impediri debet. Videretur autem impediri, ſi filius exhæredari poſſet, quoniam exhæredationis metu non eam, quam vellet, vxorem duceret.

Et quidem quod ad filium attinet, etſi olim exhæredari potuerit, *iuxta l. 3. §. ſi emancipatus. ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.* tamen Iuſtinianus inter iuſtas exhæredationis cauſas hanc non recenſuit *in Nouella 115.* Et certum eſt, eas tantummodò cauſas, quas Iuſtinianus commemorat iuſtas eſſe, & iam obtinere, omnibus alijs, quæ in antiquis legibus continebantur, reiectis, vt ipſe ſtatuit.

Quod verò attinet ad filiam nubentem abſque conſenſu patris, nihil mirum videri debet, ſi olim exhæredari potuerit. Nam cùm iure Ciuili matrimonium non valeret abſque patris conſenſu, filia nubendo ſine patris conſenſu, videbatur ſtuprum admittere, non autem matrimonium contrahere. Stuprum verò iuſtam eſſe exhæredationis cauſam ex eo manifeſtum eſt, quod Iuſtinianus dicit in d. Nouella 115. [*Filiam ſcilicet in corpus ſuum peccantem exhæredari poſſe, niſi pater eam elocare diſtulerit.*] vt ibi. Cùm autem, iure Canonico inſpecto (eſt autem in hac materia & ſimilibus præcipuum) matrimonium abſque patris conſenſu valeat, iam ceſſat illa ratio ſtupri, & dum puella nubit etiam abſque patris conſenſu, verum contrahit matrimonium.

Ex quibus ad argumentum Pauli Caſtr. reſponſio patet, quòd nitebatur autoritate d. Authent. *Sed ſi poſt, & d. l. 3. §. ſi emancipatus.* quibus eſt reſponſum. *Vide etiam hæc de re Cuiac. lib. 3. obſeru. c. 5. & Duaren. ad tit. ſol. matr. & ad tit. de inoff. teſtam. c. 3.*

CAPVT XLV.

Vtrùm pater dotem dare teneatur filiæ, quæ nupſit abſque eius conſenſu.

SED & non leuis eſt controuerſia, Vtrùm pater filiæ nubenti abſque eius conſenſu, dotem dare teneatur. Negant enim Bar. *in l. obligamur, ff. de act. & oblig.* Bald. & Salic. *in l. qui liberos. ff. de ritu nupt.* Alexand. *in conſ. 33. lib. 4.*

Argumenta ſunt iſta. Pater dotem dare tenetur ſuæ filiæ, vt poſſit nubere. Nam abſque dote non facilè maritum inueniret. Sed talis filia iam nupſit, & maritum inuenit, ergo dotem ei dare non tenetur.

Secundò. Dos eſt loco alimentorum, vnde ſicut ei debentur alimenta, qui non habet aliunde, *l. ſi quis à liberis. ff. de lib. agnoſc.* ita & dos. Hic autem filia iam nupſit, vnde videtur habere vnde ſe alat, nec dote indigere.

Tertiò, matrimonium valet abſque dote, nec poteſt vxorem is, qui eam duxit, expellere eam ob cauſam, quòd dotem non habeat. *§. ſic itaque in Authent. de nuptijs.* Ergo ſibi imputet & filia & maritus eius, ſi non procurauerunt dotem à patre habere.

Poſtremò, filia nubens abſque conſenſu patris, facit illi maximam iniuriam, vt patet, Ergo pater non tenetur ei dotem dare.

Contrariam ſententiam habuerunt Abbas, *in c. 1. de deſponſat. impub. & in conſ. 12. lib. 1.* Campegius *de dote in 1. part. q. 13. Iaſon in Auth. res quæ, C. commun. de leg. & ibi Bald. Ang. & Caſtr. Dec. ad l. nuptias, de reg. iur. Alios commemorat Ripa in l. 1. num. 55. ff. ſol. matr.*

Fundamentum eſt, quia pater ad hæc duo eſt obligatus, vt nubat filiam, & vt ei dotem det, l. qui liberos, ff. de ritu nupt. ibi, [*Coguntur in matrimonium collocare & dotare.*]

tare.] Si ergo filia nupſit, ea obligatione ſolutus eſt, ſed non altera, dotem dandi.

Tertia eſt ſententia ſic diſtinguens: Aut filia nupſit digno, & pater tenetur eam dotare, aut indigno, & non tenetur, vbi tamen maritus eſt ita diues, vt poſſit eam alere, *ita Couuar. in Epitome de ſponſalibus, in 2. parte, c. 3. §. 8. num. 7. vbi alios citat.*

Quarta eſt ſententia patrem teneri, licèt nubat indigno, *ita Imolenſis in c. accedens, de Procur. Alex. ad l. 1. num. 32. ff. ſolut. matr.*

Et ego in eam ſententiam ſum proclinior, quæ patrem indiſtinctè ad dotandum obligat, etſi enim olim exhæredari filia potuerit, eam ob cauſam, quòd indigno nupſiſſet, *vt in l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* tamen hæc inter alias veras & legitimas cauſas à Iuſtiniano non connumeratur *in Nouella* 115. Et meritò, præſertim verò iure Canonico inſpecto, ex quo matrimonium valet, & plena debet libertate gaudere, adeò, vt filius, qui conceſſa ſibi à lege poteſtate vtitur, nulla pœna dignus eſſe videatur.

Et ideò ſic argumentor: Pater filiam dotare tenetur, etiam ſi diues ſit, & bona propria habeat, *l. vltim. C. de dotu promiſſ.* Nulla verò eſt lex, quæ dote debitâ illam priuet eam ob cauſam, de qua agitur, ergo non eſt priuanda; *argum. text. in §. optimè in Auth. de non elig. ſecundo nub. ibi, Nec eſt lex tale quid dicens, &c.* Quamobrem occurrit, quod I. C. dicebat in l. ſi etſi quis, §. Diuus. ff. de relig. & ſumptib. funer. [*Non rectè facere,* inquit, *pœnam tamen in eum ſtatutam non eſſe.*]

Ad primum, ſecundum ac tertium arg. contrariæ opinionis reſpondeo, locum habere, ſi filia nubens dotem non promittat, & maritus eam acceperit abſque dote, tunc enim dotem petere non poteſt, aliàs ſecus, quia licèt maritum inuenerit, & ab eo alatur, non tamen dotem ſibi debitam amiſit, nec ab ea eſt excludenda, ſed pater ſuo tenetur officio ſatisfacere, *l. vltim. C. de dot. promiſſ.*

Ad vltimum argum. reſpondeo, filiam non rectè facere, & peccare grauiter, ſed non rectè colligi eam dote priuandam eſſe, quam ex legibus parens ei dare tenetur.

CAPVT XLVI.

De confiſcatione bonorum raptoris vtrum mulieri raptæ ſint applicanda, ſi matrimonium cum eo contraxerit.

IVſtinianus ſtatuit eum, qui mulierem rapuit, bonis multandum, eaque mulieri raptæ applicanda, *l. 1. C. de raptu virg.* Cæterùm ſi matrimonium cum raptore contraxerit, alia Conſtitutione decreuit, bona non eſſe mulieri applicanda, *vt in Auth. de rapta muliere,* quæ raptori nupſit.

Iam controuerſia oritur, quia iure Canonico valet matrimonium inter raptorem & raptam, *c. vlt. de raptorib.* niſi eo tempore ſit contractum, quo mulier rapta, eſt in poteſtate raptoris, *vt in Concilio Tridentino, Seſſ.* 24. Oritur, inquam controuerſia; Vtrùm nihilominus bona raptoris mulieri ſint applicanda?

Et applicanda eſſe cenſuerunt Gloſſ. *in c. de puellis. 36. q. 2.* Io. Lup. *in c. per veſtras. 3. notab. §. 26. num. 8. de don. inter vir. & vxor. Abb. Aret. Fel. & Dec. num. 34. in c. Eccleſia, de conſtit. Federic. Senenſ. in conſ. 36. Couuar. in Epitome de ſponſalib. in 2. part. c. 3. §. 9. num. 1. & 2.*

Fundamentum eſt, quia Iuſtinian. Imperator ideò lucrum ademit mulieri nubenti bonorum ipſius raptoris, qui illi prohibuit, ne raptori nuberet, *vt in Auth. de rapta muliere, quæ raptori nubit, verſic. Quia enim tale ſtare matrimonium, &c.* Cum ergo iuris Canonici autoritate (quod quidem in hac materia iuri Cæſareo anteponendum eſt) nubere raptori poſſit, inde videtur inferri poſſe, tale lucrum bonorum raptoris iam ordinatum, illi auferendum non eſſe.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Ant. Butr. *in c. 1. de ſponſalib.* Felin. *ibid. numer. 15. Ioan. Andr. Anchar. & Dominicus, in c. cùm ſecundum, de hæreticis, lib. 6. Ioan. de Anania in c. pen. de raptorib. Salicet. in l. vnic. numer. 15. C. de raptu virginum.*

Fundamentum eſt: quia bona raptoris à lege deferuntur mulieri raptæ, ea conditione, ſi raptori non nupſerit; Igitur ſi nupſerit, lucrum delatum non obtinebit. Et licèt Canones matrimonium permittant, nihil

tamen

tamen amplius, quod ad tale lucrum attinet, diſponunt.

Hæc videtur mihi probabilior ſententia. Aut enim ex iure Ciuili, ſibi tale lucrum mulier vendicat, & non poteſt, quia non defertur, vbi matrimonium inter raptam, & raptorem contrahitur; Aut ex iure Canonico, & multò minus, quia Canones non illud deferunt.

At inquiunt, matrimonij libertatem impediri, ſi mulier tale lucrum nubendo amittat, quia ſic non libenter nubet raptori, ne illud amittat. Non rectè: quia non defertur illud lucrum abſolutè mulieri, ſed ea lege ne nubat. Poterit ergo nubere raptori, ſi voluerit, ſed lucrum non habebit. Hinc autem matrimonij libertas non impeditur magis, quàm ſi quis dixerit, quia mulieribus nubentibus præmium non eſt à lege conſtitutum, matrimonium impediri, ſeu libertatem matrimonij.

At, inquit Couuar. lucrum iam abſque conditione vlla conſtitutum fuerat à lege, quia illa abſolutè bona raptoris mulieri raptæ applicauit ſine vlla conditione. Non rectè: quia Imperator ipſe miratus eſt aliquos ita legem ſuam fuiſſe interpretatos: [*Sed mirati ſumus, inquit, quòd conati ſunt aliqui dicere, raptam mulierem, ſiue volentem, ſiue nolentem, etſi raptoris ſit amplexa matrimonium contra noſtræ Conſtitutionis tenorem, debere tamen eam raptoris habere ſubſtantiam, vel quaſi legis præmium, &c.* Et ſtatim ſubdit: *Qui enim talia dicere præſumpſerunt, ij prædictæ legis ſeriem intelligere non potuerunt, quia enim tale ſtare matrimonium, etſi rapta voluerit, prohibuimus, &c. Quomodo raptas mulieres raptorum eligentes connubium præmijs honoraſſemus rapta datis mulieris*] Hactenus Imperator, qui apertè indicat, ſe nunquam illud præmium ſimpliciter & abſolutè detuliſſe mulieri, ſed ita demum, ſi raptori non nuberet.

Caput XLVII.

Vtrùm fructus rerum mobilium dotis, ſoluto matrimonio ſtatim ad mulierem pertineant, an verò intra annum ad hæredes mariti.

Solvto matrimonio ad reſtituendam dotem, ſi in rebus mobilibus conſiſtat; anni tempus viri hæredibus eſt conceſſum, *l. vnica. ff. exact. C. de rei vxor. actio.* Sed an fructus, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, ſeu acceſſiones, lucrentur etiam ipſi hæredes, eius videlicet anni, controuerſia eſt nonnulla.

Antiquiores interpretes affirmant, nempè Bartolus, Caſtrenſis, Aretinus, Albericus, & alij, *Iaſone teſte in l. diuortio, num. 18. ff. ſolut. matr.*

Argumenta ſunt iſta. Hæres videtur eſſe eadem perſona cum defuncto, nec ex eius perſona conditio obligationis immutatur, *l. 2. §. ex his. ff. de verbor. oblig.* ſed maritus viuens fructus lucratur anni à lege conſtituti ad reſtituendam dotem, *l. ſi conſtante, ff. ſolut. matr. l. ſi mulier. § rerum. ff. rer. annot.* Ergo & hæredes illius.

Secundò, hæredes tenentur alere mulierem viduam intra annum, *vt docet Gloſſ. in l. vnica, §. exactio, C. de rei vxor. actio.* Ergo & commodum habere debent ipſorum fructuum, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, intra illud tempus.

Tertiò, mulier vidua intra annum videtur eſſe primo matrimonio, *l. vltim. C. de bonis mater.* Ergo ſicut maritus fructus rerum dotalium haberet, ſi viueret, ita & eius hæredes habebunt.

Sed contrariam ſententiam veriorem cenſeo vnà cum Zaſio, *lib. 2. Singulorum Reſponſorum, c. 3.* ad quem videtur ſe remittere Couuarr. *de ſponſalib. part. 2. c. 3. §. 9. ante num. 9.*

Probatur ſatis clarè ex d. l. vnic. §. exact. in illis verbis; [*Fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore diſſoluti matrimonij praſtandis. Similiquè modo penſionibus, vel vecturis nauium, ſiue iumentorum, vel operis ſeruorum, vel quaſtu ciuilium annonarum, & alijs, quæ ſunt eis ſimilia parti mulieris reſtituendis.*]

His verbis Imperator idem ſtatuit de fructib. rerum immobilium, quod de fructibus mobilium, vt nimirum ex tempore ſoluti matrimonij ad mulierem pertineant. *Idem probatur in l. diuortio, §. non ſolùm. ff. ſolut matr.*

Con-

Confirmatur hæc ſententia. Nam vt eum fructus ſpectant, qui rei eſt dominus, *l. & ex diuerſo. §. 1. ff. de rei vendit.* Et qui ſciens alienam rem poſſidet, fructus reſtituere tenetur, *l. certum, C. de rei vend. l. 3. C. de condit. ex lege.* Sed mulier ſoluto matrimonio eſt domina rerum dotalium, vnde & eas vendicat, *l. in rebus, C. de iure dotium.* Et id ſciunt hęredes viri, vel ſcire debent, *l. leges ſacratiſſimæ, C. de legibus.* Ergo fructus ei ſunt reſtituendi.

Ad primum argumentum, nego maritum fructus lucrari eius anni, qui ad dotis reſtitutionem indulgetur. Neque id leges in argumento allatæ dicunt.

Ad ſecundum reſpondeo, Gloſſam *in dicto §. exactio.* non ita dicere, ſed ita, ſi mulier aliunde non habeat, vnde ſe alat, alendam eſſe apud hæredes mariti, qui dotem habent, quod ſummam habet æquitatem.

Ex fructibus ergo alenda erit, vel ei dos reſtituenda, ſi quid præter alimenta ex fructibus ſupererit, id ad ipſam, non autem ad hæredes mariti pertinebit.

Ad tertium nego conſequentiam, Dum enim vidua eſt mulier, videtur quò ad aliquid eſſe in eodem matrimonio. Et tamen abſurdum eſſet affirmare toto viduitatis tempore eam eſſe priuandam fructibus rerum dotalium, & hæredum lucro cedere.

CAPVT XLVIII.

Vtrùm maritus expellere vxorem poſſit, ſi non ſoluatur dos promiſſa.

VXorem expelli poſſe à marito, ſi non ei dos promiſſa præſtetur, cenſuerunt Abbas *in c. per veſtras, de donat. inter virum & vxor.* & *ibidem* Ioannes Lup. *in 3. notab. Paulus Caſtrenſ. & Alexand. ad l. in inſulam, §. vſuras. ff. ſolut. matrim. Salicet. in l. quod tu vxorem, C. de negot. geſt.*

Fundamentum eſt in d. c. per veſtras, in illis verbis: [*Non occaſione dotis detenta, vxor à viro dimiſſa, ſeu vir, qui dimiſit vxorem, adulterij reatum incurrat,*] Et in l. vlt. C. ad Vellean. in illis verbis; [*Neque enim ferendum eſt, quaſi fortuito caſu interueniente, mulierem fieri indotatam, & ſic à viro forſan repelli, & diſtrahi matrimonium, &c.*]

Sed contrariam ſententiam habuit Couarr. quam & ipſe ſequor ac probo, in Epitome de ſponſal. in 2. part. c. 7. numer. 2. [*Si Chriſtus,* inquit, *ſummus humani generis redemptor, prohibet vxorem dimitti, excepta fornicationis cauſa, & tunc iudicio Eccleſiæ dimittenda vxor eſt, cur Doctores ita liberè ob non ſolutam dotem maritis dimittere propria autoritate vxores permittunt? quod lege diuina prohibitum eſt. Rurſus lege quidem naturali, & diuina vir tenetur cohabitare cum vxore, cur ergo ab hac obligatione eximitur dote non ſoluta.*]

Ad text. in cap. per veſtras, reſpondetur, Pontificem eo in loco id non permittere, vt vir expellat vxorem propter dotem non ſolutam, ſed tantùm dicit periculum eſſe, ne vir eam expellat, intellige de facto, & inde adulterij committendi oriatur occaſio.

Et hęc reſponſio valet ad l. vlt. C. ad Vellean. potius enim ibi periculum Imperator indicat, ne matrimonium diſtrahatur, quàm diſtrahi permittat.

CAPVT XLIX.

Vtrùm pater duodecim liberorum immunis exiſtat ab oneribus patrimonialibus.

PATREM duodecim liberorum ab oneribus patrimonialibus immunem eſſe docuerunt Bartol. & Ioan. de Platea, & Lucas de Penna, *in l. ſi quis Decurio, C. de Decurio. lib. 10. Guido Papa, quæſt. 301. Aret. in Inſtitut. de excuſat. tutor. in princ. num. 4. Ioan. de Anania, in conſ. vlt. col. 1. & 2. Viuius, Commun. opinionum, verbo, Pater habens duodecim liberos: Rolandus à Valle in conſ. 52. lib. 2.*

Fundamentum eſt in d. l. ſi quis Decurio, C. de Decurionib. lib. 10. vbi text. ita dicit: [*Si quis Decurio pater ſit duodecim liberorum, honeſtiſſima quiete donetur.*]

Sed contrariam ſententiam amplexi fuēre Bal. & Rebuff. *ad d. l. ſi quis Decurio,* & alij, *quos refert & ſequitur Couuar. in Epitom. de ſponſalib. in 2. part. c. 8. non procul à principio.*

Et hæc

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior, Probatur enim primò ex l. 2. ff. de vacat. muner. [*Quæ patrimoniorum* (ait text.) *onera ſunt, numero liberorum non excuſantur.*]

Secundò ex l. ſunt munera, ff. eodem tit. [*Sunt munera* (inquit tex.) *quæ rei propriè cohærent, de quibus neque liberi, neque ætas, neque merita malitiæ, neque vllum aliud priuilegium iure tribuit excuſationem.*]

Tertiò ex l. reſcripto. §. quæ munera, ff. de munerib. & honor. [*Quæ munera* (inquit text.) *patrimonijs imunguntur, &c. talia ſunt, vt neque ætas ea excuſet, nec numerus liberorum, nec alia prærogatiua.*]

Quartò ex l. 5. C. de muner. patrim. lib. 10. [*Neque tempore ætatis*, inquit, *neque numero liberorum à muneribus: quæ patrimoniorum ſunt, excuſationem quis habere poteſt.*]

Quintò ex l. 1. C. de his qui numero liberorum, &c. lib. 10. [*Numerus liberorum* (ait Imperator) *ab oneribus non excuſat.*]

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, has leges accipiendas eſſe de numero quinque liberorum, non autem duodecim, ne pugnent cum d. l. ſi quis Decurio. Non rectè, quia abſolutè loquuntur de numero liberorum.

Deinde, quòd ineptum eſſet dicere: numerum liberorum non excuſare; ſi excuſaret numerus duodecim liberorum; Deberet enim excipi in ipſis legibus dictus numerus duodecim liberorum.

Tertiò, quia nulla eſt repugnantia interdictas leges, & l. ſi quis Decurio. Nam ad l. ſi quis Decurio, reſpondetur primum eam loqui de decurionibus, deinde non loqui de muneribus patrimonialibus. Id patet: Nam in Codice Theodoſiano ſic legitur. [*Qui pater ſi duodecim liberorum, non modò ad Curians non vocetur, verùm etiam, ſi ſit Decurio, honoratiſſima quiete donetur.*] Illa verba, *honoratiſſima quiete*, conueniunt oneribus perſonalibus, & ſenſus eſt, vt Decurio & pater duodecim liberorum quieſcant ab oneribus, quæ perſonæ iunguntur, vt liberorum educationi operam dare valeant, vt non ſolùm non vocetur, ſed etſi vocetur, non teneatur ire, ſi ſit ſimul Decurio, & pater duodecim liberorum. Neque etiam rectè dicitur, eum quieſcere, quia à ſolutione iniuncta patrimonio eſt immunis.

Confirmatur hæc interpretatio ex loco ſimili iuriſconſulti *in l. ſemper. §. demonſtratur, ff. de iure immun.* vbi loquens de patre ſedecim liberorum, ait, talem numerum filiorum ad excuſationem municipalium munerum prodeſſe, vt filiorum educationi vacare poſſit. Verba ſunt iſta: [*Etſi non ab omnibus muneribus dimittit patrem natorum numerus; tamen quia ſexdecim pueros habere te per libellum notificaſti; non eſt irrationabile, vt concedamus filiorum educationi remitti tibi munera.*] Ex quibus patet, ſexdecim liberorum numerum excuſare à muneribus generaliter, non autem duodecim. *Videas hac de re Ferdinand. Paez. in tract. de excuſat. parentis à munerib. ob numerum liberorum, & Ant. Teſſaurum nouiſſimè in deciſ. Pedem.* 267.

Capvt L.

De legitimatione filiorum per ſubſequens matrimonium controuerſia, ſit ne neceſſe vt matrimonium inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis, an verò ſufficiat, ſi natiuitatis tempore poterat contrahi.

TAnta *eſt vis matrimonij, vt qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur, ſi autem vir viuente vxore ſua aliam cognouerit, & ex ea prolem ſuſceperit, licèt poſt mortem vxoris eandem duxerit, nihilominus ſpurius erit filius, &cæt.*] vt in c. tanta, qui filij ſint legitimi.

Ex hoc loco concluſio deſumitur, per ſubſequens matrimonium filios antea natos, legitimos fieri, vbi matrimonium inter virum & vxorem contrahi poterat; aliàs ſecus.

Controuerſia eſt in eo, an ſit neceſſe, vt conceptionis tempore matrimonium contrahi poſſit, an verò ſufficiat, ſi tempore natiuitatis filiorum contrahi potuiſſet.

Et quidem iſtud præcisè requiri, vt matrimonium conceptionis tempore contrahi potuerit, reſponderunt Salicet. *in c. filium,*

filium, C. *de ſuis & legit. hered.* & Ant. Roſellus *de legitimatione, col.* 8. & 9.

Argumenta ſunt iſta; Primum ex l. Paulus. ff. de ſtatu hom. vbi tempus conceptionis filiorum inſpicitur, quoad eorum ſtatum, licèt eis non ſit vtile. Paulus enim reſpondit: [*Eum, qui viuente patre, & ignorante de conceptione filiæ, conceptus eſt, licèt poſt mortem aui natus ſit, iuſtum filium ei, ex quo conceptus eſt, eſſe non videri.*]

Secundum eſt ex l. etſi contra, & ibi Gl. C. de nupt. Nam cùm text. dicat matrimonium, quod erat inualidum, nouo conſenſu confirmari. Ideoque liberos poſteà ſuſceptos legitimos eſſe, quærit Gloſſ. quid ſi ante liberi eſſent ſuſcepti, & reſpondet non eſſe legitimos, *argumento d. l. Paulus. ff. de ſtatu homin.*

Tertium eſt ex l. ex libera, C. de ſuis & legit. hær. vbi dicitur, natum ex ſeruo & libera eſſe ſpurium, quamuis poſteà patri libertas ſuperueniat, & natalium reſtitutio, quod non alia ratione fieri poteſt, niſi quia primum tempus eſt inſpiciendum.

Contrariam ſent. ſecuti ſunt Hoſt. Ioan. And. Ant. Butt. & Cardin. *in d. c. tanta*, *Couuar. in Epitome de ſponſalib. in* 2. *part.* 8. §. 2. *num.* 2. quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia: quia ita iure conſtitutum eſt, vt natiuitatis, vel conceptionis tempus inſpiciatur, quatenus filiorũ legitimitati magis expedit. Quod patet primum ex l. qui in vtero, ff. de ſtatu homin. [*Qui in vtero eſt* (inquit text.) *perinde eſt, ac ſi in rebus humanis eſſet, Cuſtoditur, quamdiu de commodis eius agitur.*] Si ergò de incommodis eius agitur, ſecùs erit, & ſic eo caſu habendus erit pro non nato, & natiuitatis eius tempus inſpicietur.

Secundò ex l. 5. ff. eod. tit. vbi text. ita dicit: [*Ingenui ſunt qui ex matre libera nati ſunt. Sufficiet autem liberam fuiſſe eo tempore, quo naſcitur, licèt ancilla conceperit. Et e contrario, ſi libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum, qui naſcitur, liberum naſci.*] Idem habetur in §. ſufficit in Inſtit. de Ingenuis.

Tertiò patet ex l. nuper, C. de natur. lib. in illis verbis: [*Et generaliter definimus, & quod ſuper huiuſmodi caſibus variabatur, definitione certa concludemus, vt ſemper in huiuſmodi quæſtionib. in quibus de ſtatu liberorum eſt diſputatio, non conceptionis, ſed partus tempus inſpiciatur. Et hoc fauore facimus liberorum, vt editionis tempus ſtatuamus eſſe inſpectandum, exceptis ijs tantummodò caſibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis vtilitas expoſtulat.*]

Ad primum argumentum reſpondeo: Non inſpici tempus conceptionis in ſpecie d. l. Paulus. quia nec eo tempore inſpecto filij legitimi eſſe poterant. Nam matrimon. fuerat contractum à filiofam. ſine conſenſu patris, quo caſu erat inualidum. Nec patre mortuo validum efficiebatur.

Ad ſecundum reſpondeo, gl. *in d. l. etſi contra.* nihil amplius probare, quàm l. Paul. ff. de ſtatu hom. ad quam legem ſe refert, cui iam reſponſum eſt.

Ad tertium: Nil pertinere ad rem noſtram text. in d. l. ex libera, quia noſtra diſputatio eſt, an tempus conceptionis ſit inſpiciendum, vel natiuitatis, eo iam ſuppoſito, quòd per matrimonium filij legitimentur, *vt in d. c. tanta*. At in ſpecie d. l. ſtatuitur, filios iam natos non effici legitimos, ex eo, quòd pater libertatem, & natalium reſtitutionem conſequatur.

Sed poſt hæc ſcripta vidi Franciſc. Sarmientum *lib.* 1. *Select. interp. c.* 5. aduerſus hanc ſententiam multa adferentem.

In primis text. in d. l. Paulus. Nec obſtat quòd dicitur ibi nullo tempore matrimonium conſtitiſſe. Nam conſtitit poſt mortem patris filiæ nuptæ, licèt enim contra legum præſcripta ſit contractum matrimonium, ſi tamen in eadem voluntate perſeuerent coniuges, validum efficitur, *l. etſi contra, C. de nupt. l. ſi quis in Senatorio. ff. de ritu nupt.*

Confirmatur, quia ſi matrimonium validum effici non potuiſſet, fruſtra ibi quæreretur de filijs, an eſſent iuſti & legitimi.

Et cùm delictum committatur in coitu, & ſic conceptionis tempore ridiculum eſſe videtur inſpicere tempus natiuitat. Leges verò quæ dicunt tempus vel natiuitat. vel conceptionis eſſe inſpiciendum, prout filijs eſt magis commodum, loquuntur,

quan-

quantum ad libertatem & ſeruitutem. non autem ad effectum legitimitatis.

Iſtis nil morantibus, à priori ſententia non recedo. Nam quod attinet ad d. l. Paul. ita reſpondet Couuarr. *loco annotato.* Non obſtat l. Paulus. quia in eo caſu nec tempore natiuitatis matrimonium erat legitimum. Nam etſi potuit tunc contrahi, tamen contractum priùs eo tempore, quo minimè licebat, non fuit nouo conſenſu legitimè confirmatum. Itaque ad Sarmientum pertinet onus probandi matrimonium in ea ſpecie fuiſſe nouo conſenſu confirmatum, neque enim id conſtat.

Nec valet illa ratio, alioqui fruſtra quæri, an filij eſſent iuſti & legitimi. Nam ratio dubitandi fuit, quia poſt mortem patris contrahi matrimonium potuit, ſeu contractum nouo conſenſu confirmari, quia ratione non obſtante, contrarium decidit ibi I.C. nimirum, filium natum legitimum non eſſe, quia matrimonium validum non fuit. Quid autem iuris, ſi nouo conſenſu celebratum & confirmatum fuiſſet, non decidit eo loco Iuriſconſult.

Et licèt peccatum ſit commiſſum in coitu, tamen inſpiciendum eſſe natiuitatis tempus, quò ad filiorum ſtatum, *probat l. nuper, C. de naturalib. liber.* vbi Imperator id expreſsè ſtatuit, & loquitur nominatim quò ad effectum, de quo agitur, nempè, legitimitatis filiorum. Idem docet Nouella 89. *§ reliquum eſt, verſ. multoque magis.* Vt meritò refellatur id, quod poſtremo loco Sarmientus dicit, leges ſe reſtringere ad ſtatum ſeruitutis & libertatis.

Capvt LI.

Vtrùm legitimentur filij per matrimonium ſubſequens etiam abſque dotalibus inſtrumentis.

Ivre Canonico filios per ſubſequens matrimonium legitimari conſtat *ex cap. tanta, qui filij ſint legit.* Sed quoniam iure Ciuili ad hoc inſtrumenta dotalia requiruntur, *l. cùm quis, C. de naturalib. lib § . vlt in Inſtit. de nup.* Controuerſia eſt, an tales filij pro legitimis habeantur etiam in foro Cæſareo, vbi dotalia inſtrumenta non interuenerunt ad hoc: vt in hæreditate paterna ſuccedere poſſint.

Negant Ang. *in conſ.* 29. Bal. *in l. ſi qua illuſt. C. ad Orf. Lud. de Pen. in l.* 4. *C. de his qui ſponte munera ſubeunt, lib.* 10. *Soc. iun. in conſ.* 52. *lib.* 1. *Curt. iun. in conſ.* 136. *col.* 2. *& ante hos Prapoſ. in d. c. tanta, col.* 15. Fundamentum eſt: quia nemo ſuccedere poteſt in locis Imperio ſubiectis, niſi Imperiali ſeu Ciuili lege vocetur ad ſucceſſionem, *l. Lege obuenire, ff. de verb. ſign. tot. tit. de hered. ab inteſt. venient.* Sed tales filij à lege non vocantur ad ſucceſſionem, intellige abſolutè, tanquam legitimi, ergo nullo modo ſuccedunt.

Si dicatur, ſunt legitimi, ergo ſuccedunt, nego conſequentiam, quia fieri poteſt, vt filius ſit legitimus, & tamen non ſuccedat. Id patet in filio deportato, & exhæredato, & ſimilibus.

Contrariam ſententiam habuerunt Alex. *in l. ex facto. § . ſi quis rogatus, numer.* 19. *ff. ad Trebel. Iaſ. in l. generaliter. § . cùm autem, col. pen. C. de inſt. & ſubſt. Ruin. in conſ.* 211. *col.* 2. *lib.* 1. *Pariſ. in conſ.* 13. *num.* 49. *lib.* 2. *Couuar. in Epitome de ſponſal. in* 2. *parte, c.* 8. *§ .* 2. *num.* 8. *nouiſſimè alios citans Ant. Teſſaurus deciſ. Pedem.* 83.

Fundamentum eſt: quia ſecundùm Canones, (quia in hac materia parendum eſt etiam in foro Cæſaris) filij ſunt legitimi, nec requiruntur dotalia inſtrumenta, *Latè Decius in conſ.* 155. Ergo abſolutè tanquam legitimi ſuccedere debent; Eſt enim matrimonium Sacramentum, & ideò res ſpiritualis, vnde quò ad ipſum, & effectus eius, Sacrorum Canonum eſt diſponere ac ſtatuere, quos non dedignabitur Imperator ſequi, atque eis ſe ſubijcere.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior, Nam filij ſic legitimati à lege vocantur ad ſucceſſionem, non directè, ſed per remotionem obſtaculi, in hunc modum; Iure Ciuili matrimonium non conſiſtit ſine dotalibus inſtrumentis hoc in caſu. Iure Canonico conſiſtit, quod præualet etiam in foro Cæſareo, quia agitur de re ſpirituali. Ergo filij ſunt legitimi, etiam ſine dotalibus inſtrumentis. Si ſunt legitimi,

ergò ad ſucceſſionem vocantur. Nihil enim aliud extrinſecus obſtat, ſicut ingratis & deportatis liberis, & id genus: Quare, ſi filius, ergo hæres.

CAPVT LII.

Vtrùm filij per ſubſequens matrimonium legitimentur, ſi eorum parens fuerit clericus in minoribus ordinibus conſtitutus Eccleſiaſtica beneficia habens.

AFfirmant Ioan. Andr. *in reg. Sine culpa, de reg. iur. lib. 6.* Bal. *in c. 1. §. naturalis, ſi de feudo fuerit controuerſia inter dom. & agnat.* Præpoſitus *in d. c. tanta, col. 9.* Couuarr. *de ſponſal. in 2. part. c. 1. 8. §. 2. num. 5.*

Fundamentum eſt: quia talis clericus poteſt vxorem ducere. Neque enim voto caſtitatis eſt adſtrictus, aut aliter impeditus, conſequenter videtur inter eum, & mulierem quam cognouit, matrimonium contrahi potuiſſe, quo caſu filios legitimari conſtat, *ex c. tanta, qui filij ſint legitimi.*

Cæterùm negant Bartol. *in l. pen. ff. de concubinis.* Ludouic. de Sardis *de legitim. in 2. parte, §. de legitimatione per ſubſequens matrimonium, q. 3. Ant. Roſellus lib. 1. de legitim. col. 4. Ioan. Lupus in c. per veſtras, §. 21. num. 21. de donat. inter vir. & vxor. Franciſc. Sarmientus lib. 1. Select. interpr. c. 5. num. 7.*

Fundamentum eſt: quoniam inſpecto præſenti ſtatu, inter Clericum & mulierem matrimonium eſſe non poterat. Conſequenter, filij non ſunt legitimi, *vt in d. c. tanta.* Nec habetur ratio, quòd alio tempore eſſe potuerit, quia huius futuri euentus ratio haberetur, etiam ſi quis vxorem haberet, & mulierem cognoſceret, ex eaque liberos ſuſciperet, illi eſſent legitimi per ſubſequens matrimonium, quia vxore mortua, poterat eſſe matrimonium inter illum & mulierem, quod tamen eſt contra textum in d. c. tanta.

Sed priori ſententiæ vt accedam, magis animus inclinat, quia etiam inſpecto præſenti ſtatu, Clericus in minoribus ordinibus conſtitutus, infra videlicet Subdiaconatum matrimonium poteſt contrahere, licèt beneficio Eccleſiaſtico priuetur, *vt in c. 1. & in c. quòd à te, de clericis coniugatis.*

CAPVT LIII.

Quid ſi matrimonium honeſtè contrahi non poterat inter virum & mulierem, quia videlicet illa erat minus digna, & vir nobilis; vtrùm filij per ſubſequens matrimonium legitimi efficiantur.

NEgant Angelus *in §. ſed & aliud, in Auth. quib. mod. natur. effic. leg. & ſui.* Curt. iun. *in conſ. 136. num. 9. 10. Ruin. in conſ. 211. num. 5. lib. 1. & Paul. Picus in l. Titia cum teſtam. §. Titia cùm nuberet, num. 52. de leg. 2.*

Fundamentum eſt in d. §. ſed & aliud. ibi, [*Neque dignam eam exiſtimauit legitimo quodam nomine.*]

Cæterùm affirmant Nicolaus de Vbaldis, *de ſucceß. ab inteſt. num. 61.* Iaſon *in conſil. 234. lib. 2. Couuarr. alios citans, de ſponſalibus, 2. parte, cap. 8. §. 2. num. 9.* Et huic adhæreo ſententiæ, quia matrimonium inter has perſonas valet, licèt altera ſit vilis & indigna, *cap. inter opera, de ſponſalibus, toto titul. de coniugio ſeruorum.* Si conſiſtit matrimonium, ſequitur filios legitimari exeo, *vt in cap. tanta, qui filij ſint legitimi.*

Quod verò in contrarium adfertur, ex d. § ſed & aliud, non magna indiget confutatione, quia Canones hac in re ſunt præferendi legibus, quoniam ſpiritualis eſt, & ex matrimonio, quod eſt Sacramentum, pendet.

CAPVT LIV.

Vtrùm requiratur conſenſus ipſorum filiorum, vt per matrimonium ſubſequens efficiantur legitimi.

NOn requiri conſenſum filiorum, vt per matrimonium ſequens legitimi efficiantur, autores ſunt Angelus *in conſ. 17. colum. 2.* Salicet. *in diſputatione, incipiente: Mediolanenſis, quidam, in 2. dubio. art. 3. Præpoſitus, in cap. tanta, quæſt. 12. qui filij ſint legitimi. Ioan. Lupus in c. per veſtras, tertio not. §. 21. num. 17. de*

donat.

donat. inter vir. & vxor. Couuar. de ſponſalib. parte 2. c. 8. §. 2. num. 13. Franciſcus Sarmientus lib. 1. ſelect. interpret. cap. 8. poſt principium.

Argumenta ſunt duo præcipua. Primum. Nam publicè intereſt filios legitimari per ſubſequens matrimonium, *c. inter cætera, 22. q. 4.* Ergo non poſſunt iuri ſuo renunciare, *argumento, c. ſi diligenti, de foro compet.*

Secundum eſt argumentum; quoniam non patris voluntas, ſed lex facit, vt per ſequens matrimonium filij legitimentur, *vt in d. c. tanta, qui filij ſint legitimi,* Ergo filij nequeunt ſuo diſſenſu hanc legis voluntatem impedire, *l. nemo poteſt, de leg. 1.*

Contrarium docent Albericus, Bald. & Caſtrenſ. *in l. Scire leges. ff. de legib. Boërius deciſ. 160. & alij, quos Antonius Gabrielius commemorat, Communium concluſ. titul. de legitimatione, concl. 1. num. 16. verſ. Contrarium.* Et his ego aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex §. generaliter, *in Authent. Quib. mod. nat. eff. ſui.* Cuius hęc ſunt verba: [*Generaliter autem in omnibus, qui per prædictum modum deducuntur ad legitimum ius, tunc id volumus obtinere, cùm & filij hoc ratum habuerint. Nam ſi ſoluere ius patriæ poteſtatis inuitis filijs non permiſſum eſt, Patribus multò magis ſub poteſtatem redigere inuitum filium & nolentem, ſiue per oblationem ad Curiam, ſiue per inſtrumentorum celebrationem, ſiue per aliam quamlibet machinationem, tanquam ſortem metuentem paternam, iuſtum non eſt, neque imperij & legiſlatoris ponimus proprium.*]

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, illum textum locum habere ſecundùm ius ciuile, quo inſtrumento dotalia requiruntur, quæ ex facto & conſenſu patris fiunt, non ex legis præſcripto. Sed nihil valet hæc reſponſio: Licèt enim inſtrumenta dotalia requirantur, & ea pendeant ex facto patris, legis tamen diſpoſitio & voluntas facit filios legitimos; Et matrimonium contrahere, ex voluntate & facto patris pendet, & tamen ſtatim intrat legis illa definitio, qua filij legitimi efficiuntur.

Et cùm iure Ciuili textus ſatis clarum habeamus, nec contrarium iure Canonico ſit ſancitum, tacitè vel expreſsè, huic inhærendum puto, ſicut enim leges non dedignantur ſacros Canones imitari, ita & ſacrorum ſtatuta Canonum Principum Conſtitutionibus adiuuantur, *vt in c. 1. de oper. nou. nunc.*

Ad primum argumentum reſpondeo, negando publicè intereſſe, & quidem principaliter, vt filij per ſubſequens matrimonium legitimentur, neque id dicit text. qui allegatur *in d. c. inter cætera, 22. quæſt. 4.*

Ad ſecundum reſpondeo, ex legis quidem voluntate legitimationem filiorum oriri, ſed nego conſequentiam. Nam quod in mei commodum lex ſtatuit, ego repudiare poſſum ſecundùm antiquam iuris regulam, Omnibus licere ijs, quæ pro ſe introducta & conſtituta ſunt, renunciare, *l. pen. C. de pactis.*

CAPVT LV.

Vtrùm filij per matrimonium ſequens legitimentur, ſi nati ſint ex eis, inter quos matrimonium contrahi non poterat, puta ex ſoluta & coniugato, altero tamen ignorante, & in bona fide exiſtente.

AFFIRMANT Gloſſ. *in c. tanta, qui filij ſint legitimi, in ver. Aliam.* Præpoſitus, *in cap. quod nobis, collat. 3. eod. tit. Anton. Roſel. de legitimatione, parte 1. cap. pen. Hoſtienſis, in d. c. tanta, Dominicus in conſil. 66. Ludou. de Sardu, de legitimatione, fol. 9. col. 2. Curt. iun. in conſil. 27. numer. 8. Rota Romana apud Caſtodorum deciſ. Vnica, tit. de ſponſalib.*

Fundamentum eſt in cap. *ex tenore, qui filij ſint legitimi,* vbi dicitur: filium natum ex coniugato & ſoluta, altero ignorante, & in bona fide exiſtente, legitimum eſſe.

Contrariam ſententiam habuerunt Io. And. & Anton. Butr. *in d. c. tanta, & ibid. etiam Panormit. Henric. Boic. in d. c. ex tenore, Socin. iun. in conſ. 31. num. 41. lib. 2. Couuar. de ſponſalib. in 2. parte, c. 8. §. 2. num. 17. & Franciſcus Sarmientus alios citans, Selectar. Interpretationum lib. 1. c. 6.*

Quæ ſententia videtur mihi probabilior. Primum, ex d. cap. tanta, vbi ſummus Pontifex inter bonam & malam fidem non

diſtinguit, ſic enim ait: [*Si autem vir viuente vxore ſua aliam cognouerit, & ex ea prolem ſuſceperit, licèt poſt mortem vxoris eandem duxerit, nihilominus ſpurius erit filius, &c.*]

Deinde hac ratione. Cùm quis operam dat rei illicitæ, non inſpicitur eius opinio, ſed rei veritas, *l. cum qui nocentem. §. ſi iniuria, ff. de iniur. leg. aut qui aliter. §. ſi quis dum putat. ff. quod vi aut clàm, c. inebriauerunt, 15. quæſt. 1.* Sed mulier ſoluta dum patitur ſe cognoſci, dat operam rei illicitæ, vt patet, ergo eius opinio & exiſtimatio inſpicienda non eſt, ſed rei veritas, quòd ſcilicet, inter eam & illum, à quo fuit cognita, matrimonium eſſe non poterat.

Non obſtat text. *in c. ex tenore*, quia in contrarium adſertur, quoniam in ea ſpecie matrimonium præceſſit bona fide ex parte mulieris contractum, quamobrem illa putabat ſe vxorem eſſe, & conſequenter ſe cognoſci poſſe à viro: At in quæſtione noſtra mulier nouerat ſe peccare dum cognoſceretur, & ſic operam dabat rei illicitæ, licèt putaret virum eſſe ſolutum, vnde latum eſt diſcrimen.

Facit pro confirmatione ſententiæ noſtræ text. *in c. cùm inhibitio. §. ſi quis verò, de clandeſtina deſponſatione*, vbi dicitur filios natos ex clandeſtino matrimonio in gradu prohibito contracto, licèt ignoranter, legitimos non eſſe. [*De parentum ignorantia* (inquit text.) *nullum habitura ſubſidium* (Proles) *cùm illi taliter contrahendo non expertes ſcientiæ, vel ſaltem affectatores ignorantiæ eſſe videantur.*] Hactenus textus. Vbi vides, quia coniuges ſunt in culpa, clàm matrimonium contrahendo, quod eſt iure prohibitum, eorum ignorantiam non inſpici, ſic & in caſu noſtro, quoniam mulier ſe cognoſci permittit contra Canones, eius ignorantiæ ratio habenda non eſt.

Capvt LVI.

Vtrùm filio mortuo ante matrimonium ſecutum, nepotes ex eo legitimentur per matrimonium poſteà contractum.

NEgant Alber. & Bald. *in l. Benignius, ff. de leg. Caſtr. in l. ſcire leges. ff. eod. & in l. 1. §. cæterum. ff. de acq. hered. Alex. in l. Gallus. §. ſi eius, ff. de lib. & poſthu. Iaſ. in l. ſi is qui proſpe. num. 121. ff. de vſucap. Marſil. ſing. 121.*

Fundamentum eſt, quòd ex perſona filiorum legitimatio in nepotes deſcendat. Si ergo filius ſit ſpurius, non poſſunt ex eius perſona nepotes eſſe legitimi, quia videlicet medium eſt inhabile, *l. 1. §. cæterum, ff. de acq. poſſ.*

Huc accedat text. *in l. ſi is qui. ff. de adopt.* vbi dicitur, non poſſe quempiam adoptari ex filio iam mortuo, quia ſcilicet, deficit habilitas extremi à quo, quo in caſu fictio non procedit, *ex traditis in d. l. ſi is qui pro emptore.*

Contrariam ſententiam habuerunt Bartol. Socin. *in l. Gallus. §. ſi eius. ff. de liber. & poſthum.* Alciat. *in 1. par. præſumpt. in fine, & lib. 3. Paradoxo. cap. 16. Gulıel. de Benedictis, in c. Reynut. de teſtamentis, verſ. Et vxorem, nu. 181. Bald. in c. innotuit, col. pen. de elect. Couuar. de ſponſalib. part. 2. c. 8. §. 2. num. 19.*

Et hæc ſententia mihi videtur probabilior. Primum, *ex l. ſi filium. ff. de gradib.* vbi dicitur. [*Si filio meo mortuo Titium adoptauero, videri eum defuncti fratrem fuiſſe, ſi adoptatus*] filius cenſetur frater filij iam mortui. Igitur & filij nati ex eo, qui iam eſt mortuus, legitimi eſſe videntur.

Probo conſequentiam. Nam ſicut in ſpecie iſta deficit habilitas extremi à quo, quia ſcilicet, filius eſt mortuus ante matrimonium contractum, ita etiam deficit in d. l. ſi filium. Et ſicut ibi adoptatus pro fratre habetur, quia ſi tunc alter filius viueret, eius frater eſſet, ita etiam hi nepotes pro legitimis habendi ſunt, quia ſi tunc viueret eorum parens, eſſet ipſe legitimus: & conſequenter ex eo nati.

Secundò, probatur hæc ſententia. Nam iccirco filius per conſequens matrimonium legitimatur, quia lex fingit matrimonium contractum fuiſſe antequam filij naſcerentur, & ſic matrimonium ipſum in fauorem filiorum retrotrahit, ſed in initio matrimonium contractum eſſet, filius mortuus iam legitimus eſſet, & nati ex eo, ergo, etſi poſt eà contractum fuerit, erit idem iudicium.

Ad primum argumentum reſpondeo: dato, quòd nepotes ſuam ex filio conſequantur legitimitatem, non tamen ſequitur filio mortuo medium eſſe inhabile.

Primò, quia licèt filius ſit mortuus non eſt tamen inhabilis, *iuxta l. ſi filium. ff. de grad.*

Secundò, quia ſufficit habitalitatē extare reſpectu matrimonij, quod eſt principale, ex quo deſcendit filiorum legitimatio, & nepotum. Illud autem extremum eſt habile, quia matrimonium fingitur ab initio eſſe contractum, vt dixi.

Ad l. ſi is qui, ff. de adopt. reſpondeo, non dicere id quod in argumento habetur, ſed hoc dicit, non poſſe aliquem vt nepotem ex filio adoptari, niſi nominatim dicatur ex quo filio, puta ex Luc. Tit. *vt patet in text.*

Caput LVII.

Filius ex coitu damnato, & nefario natus, ſi Reſcripto Principis legitimetur; an abſolutè ac per omnia legitimus efficiatur, & ſic vtrum ſit diſpenſatio, an autem vera legitimatio.

Diſpenſationem eſſe, non autem legitimationem reſponderunt Bald. *in l. 1. C. de natura. libe. Caſtren. in conſ. 30. lib. 1. Curt. ſen. in conſ. 73. in 4. dubio. Syluanus in conſ. 45. num. 43. Barbatia in conſ. 58. num. 5. lib. 2. Dec. in conſ. 264. num. 3. & 610. Socin. iun. in conſ. 120. nu. 19. lib. 2. Pariſ. in conſ. 2. num. 22. Gozadinus in conſ. 85. num. 6.*

Fundamentum eſt, quia filius hoc in caſu natus eſt ex ijs perſonis, inter quas matrimonium eſſe non poteſt, Vnde ex legitimatione imago eſſe non poteſt matrimonij.

Huc accedat tales filios ſpurios eſſe, & nulla principis clementia dignos, *vt in §. vltim. in Auth. quib. mod. nat. effi. ſui, ſiue iuxta Holoandri tranſlationem in Nou. 74. circa fin.* [*Eos enim, inquit, qui ſemel ex odibilibus nobis, & propterea quoque prohibitis nuptijs procedunt, atque naturales vocari neque participanda vlla clementia eſt.*] Et ſecundùm verſionem Iuliani. [*Primum quidem, inquit, omnis, qui ex complexibus aut nefarijs, aut inceſtis, aut damnatis praeceſſerit, iſte neque alendus eſt à parentibus, neque habebit quoddam ad præſentem legem participium.*]

Adde quod appellatur diſpenſatio in c. per venerabilem, qui filij ſint legitimi.

Contrariam ſententiam habuerunt Alber. *in rub. de Decretis ab ordine facien. num. 29.* Socin. *ad l. Gallus. § ſi eius, col. 3. ff. de libe. & poſthum. Iaſ. in conſ. 11. col. pen. & conſ. 40. col. 2. lib. 3. Rum. in conſ. 87. num. 12. lib. 3. Alciat. ad Rub. de libe. & poſthum. num. 21. Couuar. in Epitome de ſponſalib. in 2. parte, cap. 8. § 8.*

Fundamentum eſt, quia hæc ſunt ex iure poſitiuo, vt vocant; Hæc enim differentia inter legitimum & ſpurium ex iure procedit, Natura enim omnes filij ſunt legitimi. Princeps igitur ius illud poteſt auferre, *§. ſed naturali, in Inſt. de Iure natur. gent. & Ciuil.*

Quòd verò non poſſit eſſe matrimoniam inter eos, ex quibus filius eſt procreatus, nil referre videtur, neque enim legitimus efficitur, quaſi fingatur ex legitimo natus matrimonio, ſed ex Principis clementia & gratia.

Et licèt Imperator dicat tales filios eius clementia dignos non eſſe, non tamen eos legitimari poſſe negat, ex ſpeciali quadam ipſius principis voluntate & beneficio.

Porrò quòd diſpenſatio appelletur in c. per venerabilem, nil mirum, cùm legitimatio ſit quædam diſpenſatio, quatenus videlicet is, qui eſt alioqui ſpurius & illegitimus, efficitur legitimus, & ad ſuccedendum idoneus.

Et poſteriorem hanc ſententiam veriorem eſſe opinor; quia cùm ſpurius talis à Principe ſcienter legitimatur, & natalibus reſtituitur, in conſequentiam legibus derogatur, quæ eum indignum eſſe omni clementia dicunt. Ita enim Princeps vult & verè poteſt, ex quibus duobus medijs omnis actio noſtra perfectionē ſuſcepit Principem velle, patet ex reſcripto. Poſſe verò patet ex eo, quod hæc iuris ciuilis & poſitiui eſſe conſtat. Argumenta in contrarium iam ſunt refutata.

Capvt

CAPVT LVIII.

Vtrum Princeps legitimare poſſit alterius ſubditum, ita, vt ſuccedat etiam in ijs bonis, quæ ſunt in alterius territorio, ſi legitimati pater conſentiat, & alij, quorum intereſt.

AFFIRMANT Bald. *in proœmio Cod. col. pen.* Nicolaus de Vbaldis *de ſucceſſ. ab inteſt. parte 1. num. 106. Dec. in conſ. 55. num. 7. Roſel. de legitimatione lib. 2. cap. 2. Ang. in conſ. 350. num. 9. Crotus ad l. Gallus. §. & quid ſi tantum, col. vlt. de libe. & poſthum.*

Fundamentum eſt: quia actus legitimationis pertinet ad voluntariam Iuriſdictionem, §. *generaliter, in Auth. quib. mod. nat. eff. ſui.* Conſequenter coram quocunque Iudice, & omni in loco fieri poteſt, *l. 2. ff. de off. proconſ. l. 2. C. de emancipatis liberis.* Præſertim, quia nemini fit præiudicium hoc in caſu, cùm pater conſentiat, is enim bona ſua vel in mare, vt dicitur, proijcere poſſet, & ſic multò magis conſentire, vt filius legitimetur, & ſucceſſionis eius capax efficiatùr.

Confirmatur hæc ſententia. Nam vel à Pontifice maximo quis legitimatur, vel ab Imperatore. Si à Summo Pontifice, valere debet legitimatio, quia is habere dicitur caſualiter iuriſdictionem in omnibus locis, *vt habetur in c. per venerabilem. Qui filij ſint legitimi.* Si verò ab Imperatore, idem quia ſi non actu, at ſaltem habitu is dicitur eſſe dominus mundi, *l. deprecatio, ff. ad l. Rhod. de iactu.*

Negant autem magis communiter Doctores Petrus Ancharan. *in conſ. 120.* Abb. *in d. c. per venerabilem, num. 23. & ibi. But. col. 4. Alex. in conſ. 67. lib. 1. Couuar. de ſponſalib. 2. parte, cap. 8. §. 8. num. 14. Syluester Aldobrandinus, inter conſil. Iacobini Riminal. conſ. 717. num. 12. lib. 4.*

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior, duobus potiſſimùm argumentis. Primum ex l. vltim. ff. de iuriſdict. omnium iudicum. [*Extra territorium nulla eſt iuriſdictio.*] Secundum eſt ex dicto cap. *per venerabilem, qui filij ſint legitimi,* vbi Summus Pontifex ait, legitimare ſe filios Regis Franciæ, quoniam id facit abſque alterius iniuria, cùm Rex Franciæ nemini ſit ſubiectus. Ergo ſi legitimetur aliquis, qui ſit alicui Principi ſubiectus, abſque talis Principis conſenſu, iniuria illi videtur fieri, & ſic de iure non licet.

Ad primum argumentum, concedo legitimationem voluntariæ iuriſdictionis eſſe, Neque enim aliquis inuitus legitimari poteſt. Sed nego eam coram quocunque Iudice fieri poſſe. Ad probationem; dico illas leges loqui, quando is, qui conſenſit, Iuriſdictionem illam prorogare poteſt, vt quia is, cuius prorogatur Iuriſdictio, eſt ſub eodem Principe, & de bonis agitur, quæ ſunt in territorio eius, cuius prorogatur Iuriſdictio.

Ad alterum argumentum reſpondeo, licèt nemini fiat præiudicium, non tamen infertur Iuriſdictionem acquiri in eos, qui non ſunt ſubditi. Neque enim priuatorum conſenſus iudicem facit, *l. priuatorum, C. de iuriſdict. omn. iud.*

Ad tertium reſpondeo, legitimatum à ſummò Pontifice ſuccedere poſſe in bonis poſitis in eius ditione temporali. Licèt enim iuriſdictionem vbique, etiam temporalem habere dicatur caſualiter, eam tamen ipſe profitetur, ſe nolle exercere cum alterius iniuria, *vt habetur in d. l. per venerabilem.*

Et quod attinet ad Imperatorem, ille dicitur eſſe mundi dominus, quo ad protectionem, actu verò multi alij ſunt Principes, qui eum in ſuis ditionibus, vti ſuperiorem, non agnoſcunt, vt notum eſt.

CAPVT LIX.

Vtrùm filius Clerici legitimari poſſit à Principe laico, vt in bonis patris ſuccedat.

FIlium Clerici à laico Principe legitimari non poſſe reſpondit Dominicus à S. Geminiano, *in c. vltim. de iudic. in 6.* & Pariſius *in conſi. 2. nu. 23. lib. 2.* atque ita in Senatu Pariſienſi anno 1562. conſtitutum fuit, filium

lium Sacerdotis Regijs Codicillis legitimum fieri non poſſe, teſte Gregorio Tholoſano *lib.10. Syntag. cap.4. in fine.*

Fundamentum eſt illud, quia ad legitimationem filij patris conſenſus requiritur, *vt in Auth. quib. modis naturales eff. ſui & declarat optimè Decius, in conſil.358. numer.9.* Clericus autem in laicum conſentire non poteſt, *c. ſi diligenti, de foro compet.*

Præterea Clericorum bona à laicorum iuriſdictione ſunt exempta, *c. Eccleſia S. Mariæ, & ibid. Abbas, col. pen. de Conſtit.* Ergo Princeps Laicus aliquem ita legitimare non poteſt, vt in eis ſuccedat.

Contrariam ſententiam habuerunt Socinus ſenior, *in conſil.47. lib.4.* Calderin. *in conſil.3. tit. qui filij ſint legitim. Cæſar Lambertinus de iure Patronatus, lib.1. in 2. parte, quæſt.2. artic.29. num.17. & alij, vt per Couuarr. de ſponſalib. in 2. parte, c.8. §.8. num.10.* Iſti docent filium Sacerdotis poſſe legitimari à Principe laico, ad effectum vt ſuccedat in bonis patris ſui, ſcilicet, temporalibus ſeu patrimonialibus, non autem Eccleſiaſticis.

Et mihi videtur ſanè probabilior ſententia. Primum ex §. *illud, in Auth. quibus modis natur. effic. ſui.* in illis verbis: [*Quid enim, ſi ad Sacerdotium alter eorum aſcendat, &c.*] His enim verbis indicat Imperator, Sacerdotis filium à ſe poſſe legitimari.

Deinde hac ratione: Nam nullum ſubeſt hic impedimentum: Non ex parte perſonæ, quia laicus eſt qui legitimatur. Non ex parte bonorum patrimonialium, quia ſunt temporalia, non Eccleſiaſtica, *vide Stephanum Aufrerium de Poteſtate Principis ſecularis circa bona Eccleſiaſtica & perſonas Eccleſiaſt. & quæ tradit Andreas Gaill lib.1. obſ.37. num.4.*

Ad primum argumentum. Reſpondeo, non hic vllam prorogari Iuriſdictionem à Clerico. Nam conſentit duntaxat, vt filius legitimetur, quod abſque Principis præſentia facere poteſt, non ideo conſentit, vt Principis Iuriſdictionem proroget, quam ipſe Princeps iam habet in filium eius laicum; & bona eius, ſed conſentit pro ſuo iure & præiudicio, ne ſcilicet, inuitus hæredem & ſucceſſorem habeat.

Ad alterum argumentum. Reſpondeo, bona quidem Eccleſiaſtica exempta eſſe à Iuriſdictione laicorum, non autem temporalia, niſi quoad hoc, vt Tributis, ſeu Collectis ſint obnoxia. Neque enim Clericorum bona, laicorum Collectis ſunt obnoxia, *vt bene declarat Cardinal. Robertus Bellarminus de Controuerſijs fidei, in 5. Controuerſ. lib.1. cap.28. Propoſ.4.* In alijs nulla lex inuenitur, quæ illa eximat. *Vide Gaill & Aufrerium locis annotatis.*

Caput LX.

De legitimatione filij nati ex adulterino coitu, Controuerſia vna.

Legitimationem filij ex adulterino coitu ſuſcepti, quando vterque, vir & mulier vinculo matrimoniali tenentur, non valere, ſi Principi legitimanti ſimpliciter narretur, eum, qui legitimandus eſt, ex adulterino concubitu ſuſceptum eſſe, ſed præterea illud exponendum, nempè, duplex peccatum adulterij fuiſſe commiſſum, tam videlicet à patre, quàm à matre, eo quòd ambo eſſent vinculo matrimonij obſtricti, reſpondit Oldrad. *in conſil.247.* Alberic. *ad Rubric. C. de natur. lib. Propoſ. in c. per venerabilem, qui filij ſint legit. Dec. in conſil.55. num.4. & 338. num.7. Couuar. de ſponſalib. in 2. parte, cap.8. §.9. num.3*

Fundamentum eſt: quia reſcriptum gratiæ videtur ſubreptitium, & ideo non valet, cum ea non narrantur Principi, quæ cum ad gratiam concedendam reddere poſſunt difficiliorem, *cap. Dudum, de elect. cap. ſuper literis, cap. poſtulaſti, de reſcript.* Sed videtur reddi difficilior, ſi intelligat adulterium tam ex parte viri, quàm ex parte mulieris admiſſum fuiſſe, longè inquam, difficilius videtur conceſſurus gratiam, quam ſi ſimpliciter intelligat, filium ex adulterio natum eſſe, quia exiſtimare poteſt ex parte tantùm vnius ex parentibus admiſſum fuiſſe. Ergo talis legitimatio, vti ſubreptitia, non valet.

Contrarium reſpondit Angel. *in conſil.204.* Cuius ſententia videtur mihi probabilior: Nam certum eſt adulterium ex parte vi-

te viri, Grauius eſt enim crimen, [*vbi celebrati coniugij iura violantur, & vxoris pudor ſoluitur,*] inquit text. *in cap. Nemo, 32. queſt. 4.* Princeps igitur intelligere poteſt ex eo, quod narratur filium ex adulterio natum eſſe, adulterium à muliere nupta commiſſum eſſe, conſequenter etſi neſciat virum, qui eam cognouit, ſimiliter vxorem habuiſſe, & ſic iura coniugij ſui quoque violaſſe, parum referre videtur. Neque enim ex parte viri propriè adulterium dicitur, nec tanquam adulter punitur, *vt notatur in l. 1. C. de adult. Guid. Papa, in conſ. 153. & alij, vt per Rolandum à Valle, in conſ. 74. num. 12. lib. 1.*

Vnde ad argumentum contrariæ ſententiæ reſponſum patet: quia non eſt veriſimile Principem difficiliùs conſenſurum, etſi intellexiſſet, virum fuiſſe coniugatum. Cùm iam id, quod grauius erat, intellexerit: Nempè mulierem adulterium admiſiſſe, & ex tali adulterino coitu filium procreatum.

Capvt LXI.

Vtrum valeat filij ſpurij legitimatio, vbi ipſa ſpecies ſpurietatis nominatim Principi expoſita non ſit.

Filij Spurij legitimationem factam valere, licèt Principi legitimanti ipſa ſpecies ſpurietatis nominatim expoſita non fuerit, autores ſunt Bald. *in l. ſi qua Illuſtris. C. ad Orfician. & in c. 1. §. naturales, Si de feudo fuerit controuerſ. inter dom. & agnat. Præpoſitus, in c. per venerabilem, in 4. quæſt. qui filij ſint legitimi. Dec. in conſ. 55. Ioan. And. in c. vlt. de filijs presbyt.*.

Fundamentum eſt in regula vulgari, & plane brocardica, Cogitatum in genere ſufficit, *leg. qui iure militari. ff. de teſtament. milit.*

Sed contrariam ſententiam amplexi ſunt Anton. Butr. *in d. c. per venerabilem, col. 15.* Dec. *in conſ. 579. in d. l. ſi qua Illuſtris, num. 25. C. ad Orfician. Couuar. de ſponſalib. in 2. part. cap. 8. §. 9. num. 4.*

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior, quia quanto magis turpis & damnatus eſt coitus, ex quo filius eſt procreatus, tanto maius eſt crimen, & filius magis odibilis, *vt in §. vltim. in Authent. quibus modis natur. effic. ſui.* Ergo qualitas & ſpecies ipſius ſpurietatis exponenda eſt Principi.

Probatur hæc collectio, quia Principi exponenda ſunt omnia, quæ ad gratiam concedẽdam ipſum retrahere aut reddere difficiliorem poſſunt, *c. poſtulaſti, de reſcript.* Illa verò qualitas ſpurietatis poteſt eſſe tam mala, vt Princeps à gratia concedenda retardetur. Igitur exponenda eſſe videtur ea qualitas ſpurietatis.

Nec ad rem facit, quod eſt in d. l. *qui iure militari. ff. de militari teſtam.* Ibi enim, ſiue in genere, ſiue in ſpecie, vt loquuntur noſtri, de filio poſthumo fuerit à milite cogitatum, idem eſt effectus, vt ſcilicet, teſtamentum non rumpatur.

Capvt LXII.

Quis ſit ſenſus Regulæ Cancellariæ 48. Legitimationem fieri debere ſine præiudicio venientium ab inteſtato.

Dvplex eſt Doctorum ſententia hac de re. Altera, hunc eſſe ſenſum dictorum verborum vt legitimatus non ab inteſtato ſuccedat, ſi liberi extent, vt collaterales, vel alij coniuncti vſque ad quartum gradum, immò etiam alij in infinitum. *Ita Baldus inter conſilia Angeli, in conſil. 265. Aretinus ad l. Gallus. §. & quid ſi tantùm, num. 26. ff. de liber. & poſthum. Corneus in conſ. 3. lib. 1. & 93. lib. 2. Socin. in d. §. & quid ſi tantum, numer. 8. & in conſ. 95. num. 39. & 41. lib. 4. Capra. in conſ. 157. Capolla in conſil. 66. numer. 23. Curtius ſen. in conſil. 74. num. 27. Vbald. de ſucceſſ. ab inteſt. num. 117. Io. Dilectus, de Arte teſtandi, lib. 3. Cantela 18. Decius, in conſil. 338. & 610. Ruinus, in conſ. 29. numer. 4. lib. 3. Socin. iun. in conſ. 120. num. 16. lib. 2. Couuar. de ſponſalib. in 2. part. c. 8. §. 10. Vaſquius, lib. 3. de ſucceſſ. progreſſ. §. 2. num. 92.*

Fundamentum eſt in eo, quòd hæc ſit dictorum verborum ſententia: *Sine præiudicio venientium ab inteſtato,* vt nullum prorſus præiudicium venientibus ab inteſtato inſe-

inferatur. Ab inteſtato autem veniunt non ſolùm filij, ſed etiam fratres & cæteri cognati, *vt patet ex toto tituł. de hæred. ab inteſt. venien.*

Altera eſt ſententia ſenſum eſſe, vt filijs duntaxat non præiudicetur; Cæterùm ſi alij extent proximiores, cum ijs legitimatus ſuccedat. *Ita reſponderunt Angelus in conſ. 264. Anchara. in conſil. 153. Alexand. in conſil. 187. & 188. lib. 5. Socinus ſenior, in conſil. 41. num. 6. lib. 3. Iaſon in conſ. 210. col. vlt. lib. 4. Alciat. ad Rub. ff. de liber. & poſthum. & alij, quos refert & ſequitur Franciſcus Sarmientus, lib. 1. Selectarum Interpret. cap. 8. num. 7.*

Fundamentum eſt, quia niſi hæc interpretatio valeret, nihil ipſa legitimatio prodeſſet quo ad ſucceſſionem: Nam ſemper aliqui extarent proximiores, & omnibus deficientibus, ad fiſcum pertinet ſucceſſio.

Vt autem nil prodeſſe debeat legitimatio, vix concedi poſſe videtur, quoniam legitimati nihil à legitimis differunt, & vnà cum alijs ſuccedunt, *vt in §. ſit igitur licentia. In Authent. quib. mod. natur. effic. legit. & in §. Sit igitur, in Authent. quib. mod. natur. efficiantur ſui.*

Ego verò priorem ſententiam magis probabilem exiſtimo tum ex verbis regulæ, tum ex ratione eius. Verba ſic ſe habent, [*Voluit quòd in diſpenſationibus ſuper defectu natalium, quòd poſſint ſuccedere in bonis temporalibus, ponatur, clauſula, quòd non præiudicetur illis, ad quos ſucceſſio bonorum ab inteſtato pertinere debeat.*]

Hæc ſanè verba non ſolùm de filijs accipienda ſunt, ad quos ſucceſſio bonorum ab inteſtato pertinet, verùm etiam de alijs, quia ſunt generalia, & omnes comprehendunt.

Ratio verò legis eſt: quia gratiæ & fauores Principum alijs præiudicium inferre non debent, *l. 2. §. meritò. ff. ne quid in loco publico.*

Quod verò dicitur hac interpretatione recepta, nullum emolumentum allaturam eſſe legitimationem, nihil mouet; Primum, quia multum adferret emolumenti, eam ob cauſam, quod filius erit ſucceſſionis & aliorum bonorum capax ex teſtamento, Deinde, quia nullis proximioribus extantibus, non fiſcus, ſed ipſe ad ſucceſſionem vocabitur. Neque enim eſt credendum ea reſeruatione Principis, habitam fuiſſe fiſci rationem, *argumento l. prima, C. de ſecundis nuptijs.*

Capvt LXIII.

Vtrum mater, quæ ad ſecunda vota tranſiuit, legitimæ ſupplementum petere poſſit in bonis filij ex primo matrimonio ſuſcepit, qui minus legitima portione ei reliquit.

Si filius primi matrimonij matri ſuæ ſecundò nubenti reſtamento condito certam relinquat quantitatem, quæ pro legitima non ſufficiat, eam ſupplementum petere poſſe reſponderunt Soc. iun. *in conſil. 97. lib. 4.* & Auguſtinus Berous *in conſil. 34. lib. 2.*

Mouentur autoritate text. *in §. Hic nos, in Auth. de nuptijs,* in illis verbis: [*Si igitur legitimè filius teſtatus fuerit, & reliquit matri ſubſtantiam, ſiue partem eius aliquam, hanc illa accipiat per ſcripturam, quia vbique cuſtodire morientium volumus voluntates, & habeat, quod dimiſſum eſt, aut datum, & ſecundùm proprietatem, & ſecundùm vſum, & cæt.*] Quibus verbis Imperator ſignificat: matrem, contentam eſſe debere eo, quod ei eſt relictum à filio. Nam ſi repetitionem legitimæ petere poſſet, non vtique voluntas teſtantis filij cuſtodiretur, vti voluit Imperator.

His adſtipulatur eorum ſententia, qui docent matri ſecundo nubenti legitimam non deberi ex bonis filiorum primi matrimonij; Ita docuit Bald. *in Authent. ex teſtamento, C. de ſecund. nupt.* Menoch. *in conſil. 237. lib. 3.* Autoritate text. *in eodem §. hinc nos,* in illis verbis: [*Si autem inteſtatus filius moriatur, iam ad ſecundas veniente matre nuptias, aut poſtea veniente, vocetur quidem & ipſa cum filij aut filiæ fratribus ſecundùm noſtram conſtitutionem ab inteſtato ad eius ſucceſſionem, ſed quanta quidem, quæ ex paterna ſubſtantia ad filium peruenerunt, eorum ſolummodo habeat vſum, ad ſecundas*

omninò ſiue antea, ſiue poſteà perueniens nuptiis, & cætera.] Si enim vſumfructum habet tantùm, ergo legitimam non habet, quia illa in ſolo vſufructu non conſiſtit, ſed eſt tertia pars bonorum, *vt in Auth. de Triente & Semiſſe.*

Quibus non obſtantibus, contrariam ſententiam amplector, pro qua reſpondit Hippolytus Rimimald. *in conſil.* 305. *lib.* 3. Moueor eo argumento, quòd certum ſit regulariter matri legitimam deberi ex bonis filij integram ideoque ſupplementum ab ea peti poſſe, *vt in §. cæterum, in Authent. vt cum de appell. cognoſc.* Quare in hac generali regula ſatis eſt intentio fundata matris binubæ, vt nil aliud ſit neceſſe, præterquàm duo argumenta refutare, quæ ſuperiùs allata ſunt.

Ad primum ex §. hinc nos, *in Auth. de nup. in verſi. ſi igitur.* Reſpondeo, non eam eſſe illius text. ſententiam, vt mater quocunque relicto contenta eſſe debeat, nec poſſit legitimæ ſupplementum petere, ſed ſenſus eſt, Matrem ſecundò nubentem pleno iure, hoc eſt, tam quo ad proprietatem, quàm quo ad vſumfructum acquirere id, quod ſibi à filio teſtamento eſt relictum, licèt alicui ab inteſtato non ſuccedat, niſi quo ad vſum, ſeu vſumfructum. Hanc expoſitionem verba text. ſuadent, Alteram verò diſſuadent, Primum, illa verba textus, quibus in fine dicitur, [*Alijs omnibus, quæ de ſucceſſionibus dicta ſunt, parentum in filijs, aut filiorum in parentibus intactis manentibus.*] Deinde illa quæ in principio habentur, nempè: [*Si igitur filius legitimus me teſtatus fuerit, &c.*] Videtur enim legitimè teſtari, cùm in legitima ſaltem, vti iure conſtitutum eſt, matrem ſuam inſtituit.

Ad alterum argumentum Reſpondeo, nec etiam conſiſtere, quod in eo dicitur, matri ſecundò nubenti legitimam non deberi; Vt meritò contrariam ſententiam amplexi fuerint Bald. *in conſil.* 314. *lib.* 4. & Hippol. Riminald. *d. conſ.* 305. *num.* 22. *lib.* 3. quibus omnes alij adſtipulantur, qui docuerunt, matrem ſecundò nubentem, relinquere debere omnia bona, quæ conſecuta eſt ex ſucceſſione filiorum primi matrimonij, ipſis filijs primi matrimonij, comprehenſa etiam ipſius matris legitima. Nam & ij videntur tacitè fateri, matri legitimam deberi. Ita verò docuerunt Bald. *in conſ.* 3. *lib.* 4. & 340. *eo. lib.* & alij à *Gabrielo Stati commun. concl. tit. de ſecund. nupt. concl.* 3. *num.* 8.

Non obſtat text. in d. §. hinc nos. *in verſicul. ſi autem inteſtatus filius.* Neque enim hoc vult, matrem in ſolo vſufructu ſuccedere, quaſi vſusfructus duntaxat matri deferatur. Immò verò ſuccedit pleno iure, ſed quia tenetur ipſa bona relinquere filijs primi matrimonij, nec alienandi poteſtatem habet, ideo dicitur vſumfructum habere, quia ſcilicet in dies vitæ ſuæ bonis frui poteſt. Latum verò eſt diſcrimen, vtrum abſolutè vſumfructum tantùm conſequatur, an verò plenum ius, cùm ea tamen conditione relinquendi filijs primi matrimonij. Nam ſi nulli extent filij ex primo matrimonio, ipſa mater domina erit bonorum abſolutè, niſi ex filijs præmortuis extent nepotes, *l. in quibus, C. de ſecund. nupt.* Ita docet text. *in d. l. fœminæ, in fine*, ibi: [*Quod ſi nullam ex priore matrimonio habuerit ſucceſſionem, vel natus natiue deceſſerint, & cæt.*] Si verò ſimpliciter vſufructuaria eſſet, ea mortua, ſemper extingueretur, §. *finitur, in Inſt. de vſufructu.*

Capvt LXIV.

Vtrum, ſicut mater ſecundò nubens, quæ ex ſucceſſione filiorum primi matrimonij reſeruare tenetur filijs primi matrimonij, ita etiam & pater, ad interpretationem l. fœminæ, C. de ſec. nupt. & aliarum legum.

Controversiam ipſe habeo cum alijs Doctoribus, quorum placita & ſententias, nunquam ſoleo contemnere, quod plerunque ſunt iuri conſentanea. Nam exiſtimo id, quod in muliere ſecundò nubente conſtitutum eſt *in l. fœminæ, C. de ſecund. nupt.* eam relinquere debere filijs primi matrimonij, quæ ex filiorum ſucceſſione eiuſdem matrimonij conſecuta eſt, ad virum.

virum ſecundò nubentem nequaquam pertinere.

Et moneor autoritate text. in §. cùm igitur, in Auth. de non elig. ſecundò nub. &c. in illis verbis: [*Sicut enim patres, ſi ad ſecundas veniunt nuptias, non fraudamus filiorum ſuorum ſucceſſione, nec aliqua eſt lex tale aliquid decens, &c.* Et infra: *Colligentes igitur huius legis partes, Sancimus, quoniam matrem, ſecundùm quod iam dudum diximus, aſſimilamus patri in antenuptiali donatione, & ipſam ſuſtinere quidem pœnas, ſicut ſuſtinet pater in dote. In hæreditatem autem filiorum ſine tergiuerſatione, veniant, & pater, & mater ſecundùm ſubiectas vtrique caſus quæſtiones.*] Et quamuis quò ad matrem ſecus ſit ſtatutum *in §. hinc nos, in Authent. de nupt.* tamen in parte nihil eſt innouatum à Iuſtiniano.

Nec ab hac ſententia me deterrent, quæ pro communi adferuntur, patrem, & matrem hac in re æquiparante, *vt videre licet ex Gabrielis commun. concluſion. titul. de ſecundis nupt. concluſ. 3. num. 3. & Andr. Gaill, lib. 2. Obſeruat. 98.*

Nam primo adfertur text. in §. quia verò in Auth. de non elig. ſecundò nuben. vbi dicitur pœnas contra binubos, communes eſſe viri & mulieris. Reſpondeo, textum loqui quò ad lucra nuptialia, nempè dotis, & donationis propter nuptias. Verba ſunt iſta: *Quia verò contra binubos pœna communes ſunt viri mulieris: ille quidem in dote ad ſecundas veniens nuptias, periculum ſuſtinebit; hæc autem in antenuptiali, ſeu propter nuptias donatione.*] Hactenus Imperator.

Secundò adfertur text. in l. generaliter, C. de ſecund. nupt. Reſpondeo, in eo loco non agi de ijs bonis, quæ pater conſecutus eſt ex ſucceſſione filiorum primi matrim. ſed ex ſucceſſione vxoris. Verba ſic habent: [*Generaliter cenſemus quocunque caſu Conſtitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus morte mariti matrimonio diſſoluto, quæ de bonis mariti ad eam deuoluta ſunt, ſeruare ſanxerunt, iiſdem caſibus maritum quoque, quæ de bonis mulieris ad eum deuoluta ſunt, morte mulieris matrimonio diſſoluta, communibus liberis reſeruare, &c.*]

CAPVT LXV.

Vtrùm, quod eſt conſtitutum in l. fœmina, C. de ſecund. nupt. locum habeat in muliere nubente cum conſenſu filiorum, vel cum conſenſu viri ſui, vel ex permiſſu Principis, & in minore 25. annis.

QVOD conſtitutum eſt *in l. fœmina, C. de ſecund. nupt.* haudquaquam ſibi locum vindicare, vbi mater conſcientibus filijs prioris matrimonij nubit, communis eſt Doct. ſententia, ſed quoniam varia ſunt reſponſa eorum ſecundùm varias ac diuerſas factorum circumſtantias, adhibenda eſt diſtinctio quædam, quàm propoſitis aliquot Concluſionibus explicabo, tum quid mihi videatur, ſubiungam.

Prima concluſio: Si filij prioris matrimonij expreſſim conſentiant, vt ad ſecundas nuptias mater tranſeat, & ſimul remittant ius, quod habent; Inter omnes conuenit omninò ceſſare, quod conſtitutum eſt in d. l. fœminæ. Quoniam vnuſquiſque renunciare poteſt iuri ſuo, *l. penult. C. de pact. Ita reſpondit Ang. in conſ. 396. & Dec. in conſil. 309. num. 7.*

Secunda concluſio: Si filij, vt ſuprà, ſecundis nuptijs conſentiant, licèt ius ſuum non remittant, ceſſat nihilominus l. fœminæ. Nam volenti & conſentienti non dicitur fieri iniuria, *l. 1. §. vſque adeò. ff. de iniur.* Incidit autem mater in eam Conſtitutionem, ob iniuriam, quam videtur inferre filijs primi matrimonij, *vt in § preſpeximus, in Auth. de non elig. ſecundò nub. Ita reſpondit Rom. in conſ. 219. Dec. in conſ. 206. 317. 396. 604. Beer. deciſ. 185. num. 20.*

Tertia concluſio: Si minores 25. annis exiſtant filij, vt ſuprà, conſentientes ſecun. nupt. matris ſuæ, & conſentiant verò propter iuſtas cauſas, idem eſt ſtatuendum quod in præcedenti concluſione *ita Angel. in conſ. 396. num. 4. Menochius in conſ. 237. numer. 21. lib. 3.*

Quarta concluſio: Si filij minores, vt ſuprà, conſenſum præbeant, nulla iuſta cauſa ad id eos impellente, ſecus eſt dicendum. Neque enim ceſſabit dicta conſtitutio. *Ita*

 Bald.

Bald. in conſil. 22 lib. 5. Bald. Nouel. de dote, parte 6. priuileg. 27.

Quinta concluſio: Si filij ætate maiores tacitè conſentiant, vt quia non conquerantur, matremque & vitricum diligant, eiſque cohabitent, ceſſat conſtitutio dictæ legis. *Ita Bald. in Authent. ex teſtamento, C. de ſecund. nupt. Decius in conſ. 206. Boërius deciſ. 185. num. 20. Gratus in conſil. 83. libro 2.* Hactenus diſtinctio.

Iam quid mihi videatur, dicam. Ego priorem concluſionem probo & quartam quoque, cæteras non probo. Nam ſic ſtatuo. Filios prioris matrimonij ſecundis nuptijs matris ſuæ conſentientes, nullum ſibi inferre præiudicium, ideoque excludendos non eſſe à beneficio d. l. fœminæ, & aliarum legum, *ſicuti præclarè docet Sarmient. lib. 1. Selectarum interpret. c. 4.* Nam inprimis nulla eſt lex tale aliquid dicens. Deinde nulla ratio id ſuadet, quid enim filius peccat matri conſentiendo, vt ſecundas amplectatur nuptias, quas etſi vellet impedire, non debet, neque poteſt?

Ita verò iure conſtitutum eſt, vt qui contradicendo actum impedire nequit, nullum conſentiendo ſibi paret præiudicium, *l. Caius, ff. de pignor. act. l. qua dotis. ff. ſolut. matr. latè Tiraquel. de retractu conuentional. §. 1. Gloſſ. 9. num. 146.*

Neque enim ijs aſſentior, qui exiſtimant ita conſtitutum eſſe aduerſus ſecundò nubentes mulieres, propter iniuriam duntaxat filijs primi matrimonij illatam. Nam mater quidem & defuncti memoriam, & filiorum charitatem, cum ad ſecundas tranſit nuptias, negligere videtur, *vt Imperator dicit in §. Sin autem tutelam. in Auth. de nupt.* ſed non dicam ob eam cauſam tantùm, atque adeò in pœnam & vindictam id conſtitutum ſcit aduerſus eam. [*Res enim eſt* (inquit Imperator in Authent. Neque virum quod ex dote eſt, &c. ad finem) *& caſtitate plena, & bonis moribus congrua, & paterno, maternoque affectu plena, vt quòd eis parentes ſponte non ſeruant, hoc poſt Deum, qui eſt communis omnibus pater, dicimus autem qui Imperium habet, per legem ijs, qui à parentibus læſi ſunt, ſeruet.*]

Quare & maximè filij matris nuptijs conſentientes iniuriam ſibi factam remittere videantur, non tamen legibus renunciare cenſentur, quæ ſumma ratione & æquitate, in eos ita læſos beneficia conferunt, & lucra. Eiſdem rationibus inductus, nec probo eorum ſententiam, qui docent mulierem ſecundò nubentem cum conſenſu prioris viri à dictis conſtitutionibus alienam fore, *vti Bald. in d. l. fœminæ, Roma. in conſ. 219. Dec. in conſ. 620. Andr. Gaill. lib. 2. obſer. 98.* Etenim quid peccat vir conſentiens, vt mulier nubat, quæ liberam nubendi poteſtatem habet à Deo? Aut quo pacto parens iniuriam filijs, non niſi poſt ipſius mortem irrogandam, quæ quidem mors patriam ſoluit poteſtatem, remittere poterit? *l. ſed ſi vnius. §. filiofam. ff. de iniurijs.* Quare meritò an vera ſit ſententia, de qua ſuprà dixi, dubitauit Coraſius *lib. 3. Miſcellaneor. c. 1.* & Ripa *in d. l. fœmina, & Dec. ad rubr. eiuſdem tit. C. de ſecund. nupt.*

Portò, minimè omnium probari mihi eorum ſententia poteſt, qui conſtitutionibus dictis locum eſſe negant, vbi mater ex Principis permiſſu nubit, vel ſi minor ſit 25. annis, *vt apud Boerium deciſ. 185.* Quæ enim eſt lex, quæ ratio huius ſent. An l. vlt. ff. de ſenatorib. qua declaratur mulierem impetrare poſſe à Principe, vt licèt ad ſecund. nuptias tranſeat, dignitate tamen prioris viri perfruatur? Nil ſanè ad rem facit. An l. 2. C. ſi aduerſus delictum, qua ita eſt conſtitutum, & mater minor annis 25. ad ſecundas tranſiens nuptias, filiorum ſucceſſione non priuetur, quibus de tutore non proſpexit? Sed hæc lex planè aliena ac diuerſa eſt à noſtra ſpecie, quare nec magna indiget confutatione.

CAPVT LXVI.

Ad interpretationem l. hac edictali, C. de ſecund. nupt. Vtrum mulier ſecundo marito vltra modum in ea lege expreſſum donare poſſit, ſi non ſuo, ſed nomine filiorum ſtipulatus fuerit.

SI mulier ſecundo viro ſtipulati pro filijs ſuis plus donauerit, quàm filijs primi matrimonij, vtrum reuocari poſſit iuxta conſti-

conſtitutionem l. hac edictali, C. de ſecund. nuptijs. non eſt eadem omnium ſententia.

Bald. *inter conſil. Pauli Caſtr. lib. 1.* reſpondit reuocari non poſſe, *& idem reſpon. in conſ. 22. lib. 5. Curt. iun. in conſ. 79. Caſtr. in Auth. vnde etſi parens, C. de inoff. teſt. Dec. in Auth. præterea col. 4. C. vnde vir & vxor, & alij à Gabrielio citati, commun. concl. tit. de ſecund. nupt. concl. 4. num. 59.*

Sed contrarium reſpondit Ioan. de Lignano, *in conſil. 263. Vnum eſt ſupponendum, inter Pauli Caſtr. conſ. lib. 1. necnon Ricard. de Salic. ibid. in conſil. 261. Præclariſſimi,* & ipſemet Bald. *in conſil. 161. Quædam nobilis domina Agneſina, lib. 1. Corn. in conſil. 82. lib. 3. Ruin. in conſil. 112. lib. 1. & alij à Gabr. citati loco annotato.*

Cæterùm Crauet. *in conſ. 193. num. 11.* horum ſententijs relatis diſtinctionem adhibet in hunc modum. Vt ſi filij non naſcantur, pro quibus pater ſtipulatus eſt, aut nati viuente matre non ratificent patris ſtipulationem, tunc ſit locus conſtitutioni d. l. hac edictali. Si verò ratificent, ſecùs; qua quidem repudiata diſtinctione, poſteriorem ſententiam Ioan. de Lignano, & ſequacium amplectitur Stracha *in additionib. ipſius Cranetta, in d. conſ. 193.*

Fundamentum prioris ſententiæ illud eſt, quoniam mulier ſecundò nubens, plus donare poteſt filijs ſecundi matrimonij, quàm filijs primi matrimonij, dummodò ipſis legitimam portionem relinquat, vt habetur *in §. illud quoque. in Authent. de nupt.* vbi Iuſtinianus hortatur quidem parentes, vt inter liberos primi & ſecundi matrimonij æqualitatem ſeruent, non tamen eos cogit, ſed mandat, vt legitimam eis portionem relinquant, vt patet ibi. [*Hanc itaque partem de æquitate filiorum, &c.*] Conſequenter ceſſat conſtitutio d. l. hac edictali, vbi mulier non vitrico, ſed ipſis filijs ſecundi matrimonij plus relinquit, vel donat. Sed in ſpecie, de qua agitur, mulier non vitrico ſed filijs donat. Eſt enim vitricus hac in re nudus miniſter, dum ſtipulatur filijs; Ergo donatio, ſeu relictum valet, nec reuocari poteſt, argumento text. *in l. Sulpitius, ff. de donat. inter virum & vxorem.* vbi Iuriſconſultus in ſimili ſpecie perpendit miniſterium patris: ibi, [*Alioqui ſi ſolo eius miniſterio vſa eſt, &c.*]

Fundamentum verò contrariæ ſententiæ in eo eſt poſitum, quòd in d. l. hac edictali. non ſolùm directè mulier prohibetur plus donare vitrico, quàm filijs primi matrimonij, verùm etiam indirectè, vt patet ex illis verbis: [*Omni circumſcriptione, ſi qua per interpoſitam perſonam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, ceſſante, &c.*] Videtur autem in propoſita ſpecie quædam excogitata circumſcriptio, vt videlicet vitrico donetur. Tum, quia eius contemplatione donatum filijs videtur. Tum, quia dum pater ſtipulatur filio, videtur ei donare, *l. 2. & 3. C. ſi quis alteri vel ſibi, &c.* Et ſic prius patri ſeu vitrico donatum, & ab eo profectum in filios.

Ego verò id reſpondendum prorſus cenſeo in hac ſpecie, quod Iuriſconſultus reſpondit *in d. l. Sulpitius, ff. de donat. inter vir. & vxorem.* cuius elegantiſſima verba placet etiam adſcribere: [*Sulpitius Marcello, Mulier, quæ ad communem filium volebat, qui in poteſtate patris erat, poſt mortem patris fundum peruenire, eum patri tradidit, vt poſt mortem reſtituatur filio, an donatio ſibi videatur, vt nihil agatur, an valeat quidem, ſed mulieri poteſtas datur, ſi voluerit, eum repetere. Reſpondit, ſi color, vel tit. vt ſic dixerim, donationis quæſitus eſt, nihil valebit traditio, id eſt, ſi hoc egit vxor, vt aliquid ex ea re interim commodi ſentiret maritus, alioquin ſi ſolo eius miniſterio vſa eſt, & id egit, vt vel reuocare ſibi liceret, vel vt res cum omni emolumento per patrem poſtea ad filium tranſiret, cur non idem perinde ſit ratum, ac ſi cum extraneo tale negotium contraxiſſet, hoc eſt extraneo in hanc cauſam tradidiſſet*]

Sic & ipſe ſtatuo in hac noſtra ſpecie, ſi color ſit quæſitus donationi, & id actum tacitè; vel expreſsè, vt vitricus emolumenti aliquid ſentiret, id, veluti factum in fraudem legis, ratum non eſſe, circumſcriptionemque videri lege prohibitam. Si verò filijs duntaxat commodum quæratur, nihil eis nocere puto, quòd patris miniſterio vſa mater fuerit, cùm & extranei vti potuiſſet.

Ex varijs porrò cauſſarum figuris, circum-

cumſtantijsque verum ſit quæſitus color, & circumſcriptio ſubſit, cognoſcendum ac dijudicandum erit. Neque enim certis id iam regulis conſtitutis demonſtrari poteſt.

CAPVT LXVII.

Si minus legitima portione liberis, aut vni liberorum prioris matrimonij fuerit relictum, vel collatum à matre ſecundò nubente, quo caſu ſupplementum petere poteſt, vtrum vitrico tantum relinqui poßit, etiam habita ratione dicti ſupplementi ad interpretationem d. l. hac edictali.

CVM mulier ad ſecunda vota migrans, nihil amplius ſecundo viro relinquere poſſit ac donare, quàm vni ex filijs primi matrimonij, cui minus reliquit ac donauit: incidere poſſumus in hanc ſpeciem, donauit mulier vni ex filijs decem, quæ tamen ad legitimam eius portionem non ſufficiunt; quamobrem & ſupplementum rectè petet filius, *vt in §. cæterùm, in Auth. vt cùm de appellat. cognoſc. l. omnimodò. C. de inoffic. teſtam.* Vtrùm & ſecundo viro decem duntaxat relinquere, ac donare poſſit, an verò amplius, nempè tantum, quantum ipſe filius pro legitimæ ſuæ repletione conſequi poterit.

Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Altera eſt Saliceti, *in Commentarijs d. l. hac edictali, in 7. quæſt.* Is negat vitrico donari poſſe amplius, quàm in filium eſt collatum, nulla ratione habita, quòd poſſit ſupplementum legitimæ petere & conſequi. Idem & Ruinus reſpondit *in conſ. 58. lib. 5.* & alij *à Gabr. citati commun. concluſ. tit. de ſec. nupt. concluſ. 4. num. 34.*

Fundamentum eſt in d. l. hac edictali, quæ decernit tantum poſſe relinqui ac donari vitrico, quantum relictum vel donatum eſt vni ex filijs primi matrimonij, cui minus eſt relictum; quòd enim in ſupplemento filius habet, non dicitur ei relictum à parente, vt patet.

Altera verò eſt ſententia Baldi *in Commentarijs dict. leg. hac edictali.* rationem habendam talis ſupplementi, atque adeò vitrico poſſe relinqui, ac donari, quantum ad filium effectu peruenerit. *Idem reſpondit Ioan. de Anania, in conſ. 67. & ibi Ludou. Bologn. in addit. & alij à Crauetta citati in conſ. 193. num. 22. verſ. Et hic conſiderandum eſt, & alij à Gabr. citati loco ſuperius annotato.*

Fundamentum eſt in d. l. hac edictali; in illis verbis: [*Quòd ſi plures liberi fuerint, ſingulis æquas partes habentibus, minimè plus, quàm ad vnumquemque eorum peruenerit, ad eorum liceat vitricum, nouercamve transferri, &c.*] Illud verbum, (Peruenerit) maximè iuuat hanc ſententiam, quoniam ad filium, cui minus eſt relictum legitima portione, ſupplementum eius peruenit, cùm ei debeatur.

Rurſus in ſequentibus verbis: [*Sin autem non æquis portionibus ad eoſdem liberos memorata transſierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum nouercæ, &c. quàm filius vel filia habet, &c.*] Atqui filius habet hoc in caſu non id ſolum, quod relictum eſt, verùm etiam id, quod deeſt ad legitimam portionem; ergo & tantundem vitrico relinqui poterit.

Confirmatur argumentum hoc ex l. quoniam, C. eod. tit. ibi. [*His ampliora, quæ vni filio vel filiæ ex anteriori matrimonio progenitis, danda, vel relinquenda ſunt.*] Quibus verbis indicatur, habendam eſſe rationem eius, quòd filio dandum & relinquendum eſt, & ſic legitimæ portionis.

Reſpondet Salic. illa verba text. intelligenda eſſe ſecundùm ſubiectam materiam, nempè de eo, quod relinquendum & dandum eſt liberis in comparatione vitrici, vt ſic filius tantum conſequatur, quantum vitricus.

Non rectè, quia non eſt portio menſuranda filiorum ex portione vitrici, ſed contra: neque enim prohibentur coniuges plus donare filijs primi matrimonij, quàm vitrico, vel nouercæ: Sed contra plus vitrico & nouercæ donare, quàm filijs, lege prohibitum eſt.

At contra Salic. & cum eo Ruinus: Si locum haberet poſterior hæc ſententia, nunquam vitricus haberet minus legitima filio debita, quod eſt falſum.

Peti-

Petitio principij, vt vocant, hæc eſt. Nam cur falſum eſt? Id enim eſt in controuerſia. Dicimus enim, ſi plus relinquatur vitrico, vel nouercæ, quàm filijs, non poſſe eos conſequi plus, quàm filij conſecuturi ſint, ratione habita etiam ſupplementi legitimæ, & hoc in caſu vitricus habebit vſque ad legitimam filij, ſed in alijs caſibus quin minus quandoque habiturus, nil prohibet, puta ſi minus relinquatur ei, quàm filijs.

Ego poſteriorem hanc ſententiam amplector, ac pro eius confirmatione perpendo alia verba d. l. hac edictali, nempe illa: [*Ita tamen, vt quarta pars, quæ iiſdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, niſi ex eis cauſis, quæ de inofficioſo excludunt querelam.*] Sententia legis eſt: vitrico & nouercæ non amplius relinqui poſſe, quàm filijs primi matrimonij, ita tamen, vt quarta ex legibus debita, non minuatur, hoc eſt, vt ipſa quarta integra relinquatur ipſis liberis. Ergo ſi non relinquatur filijs integra legitim. portio, non prohibentur vitricus & nouerca plus conſequi, quàm filijs ſit relictum. Quia verò nec plus conſequi poſſunt, quàm ad filios peruenturum ſit, & habiturus ſit filius ille, cui minus eſt relictum, rectè concluditur, id conſecuturum vitricum, nouercamque, quod filius ex ſupplemento debito conſecuturus eſt.

CAPVT LXVIII.

Vtrum l. hac edictali, C. de ſecund. nupt. locum habeat, ſi minus ſit relictum filiæ fœminæ excluſæ per ſtatutum à ſucceſſione parentum.

PLeriſque in locis Italiæ ſtatuto cauetur Municipali, vt exiſtentibus filijs maſculis, fœminæ ab inteſtato non ſuccedant, ſed debeant dotari. Si igitur pater, vel mater ad ſecundas migrauerit nuptias, & parum, vel nihil filiæ fœminæ fortaſſe nuptæ, reliquerit; an ſecundo viro plus relinquere poſſit, in controuerſia eſt. Etenim non poſſe reſpondit Soc. ſen. *in conſ. 35. lib. 4. Dec. in conſ. 396. non procul à fine*, & alij à *Gabr. citati commun. concluſ. tit. de ſecund. nupt. concl. 4. num. 40.*

Fundamentum eſt, quia commoda hæc quæ filijs prioris matrimonij lex defert, ob tranſitum parentum ad ſecundas nuptias ſeparata ſunt à ſucceſſione, & illis acquiruntur, licèt parentum hæredes non ſint, *l. heres, C. de ſecund. nupt.*

Cæterum, contrariam ſententiam habuit Angelus, *in §. optimè, in Authent. de nuptijs.* Ripa, *in l. fœmina, in 8. quæſtione, C. de ſecund. nupt.* & alij à *Gabrielio citati loco ſuperius annotato.*

Fundamentum eſt, quia ita conſtitutum eſt in d. l. hac edictali, ob iniuriam, quam parentes videntur facere filijs prioris matrimonij, dum plus vitrico, vel nouercæ donant, ac relinquunt, quàm ipſis. Sed cùm filia eſt à ſucceſſione parentum excluſa, vigore ſtatuti, iam non facit illi parens iniuriam, etſi nil det, vel relinquat, quia non tenetur ei quicquam dare, præter dotem.

Ego verò in priorem ſententiam facilè deſcendo. Nam ratio l. hac edictali, hæc eſt, quia ex ſecundis nuptijs filij prioris matrimonij magnoperè læduntur, & ne magis etiam læderentur, proſpiciendum fuit, erat enim metuendum, ne in vitricum & nouercam neglectis filijs omnia conferrentur à parentibus, legitimæ portione excepta, quod ſanè iniuſtum erat.

Quare lex generaliter prohibuit, ne plus conferrent in vitricum, vel nouercam, quàm in ipſos filios.

Hæc igitur prohibitio locum habere debet etiam quò ad filiam ſtatuto excluſam; etſi enim parentes illi relinquere non teneantur quicquam præter dotem, non tamen prohibentur relinquere ſi velint. Nec tenentur etiam vitrico ſeu nouercæ quicquam relinquere.

Iuſtius ergo æquiusque eſt, vt ſic filiæ excluſæ plus relinquant, quàm vitrico, vel nouercæ, conſequenter legis ratio etiam hoc in caſu locum habet.

Huc accedat, Nam etſi filijs primi matrimonij integra legitimæ portio relinquatur, tamen locum habet d. l. hac edictali: nec illa ra-

la ratio valet, quòd parens plus filijs relinquere non teneatur: Ergo & in propoſita ſpecie valere non debet.

Ad argumentum reſpondetur, etſi parens tali filiæ non teneatur plus relinquere. nihil tamen refert, quia neque vitrico & nouercæ relinquere tenetur, quamobrem ſi plus reliquerit his, quàm filijs, iniuſtè facit, & iniuriam infert ipſis filijs, meritò lege vindicandam. Prima enim cauſa ſucceſſionis eſt liberorum, non mariti, vel vxoris, vt patet.

Capvt LXIX.

Si plus donetur vitrico vel nouercæ à parente, qui ad ſecundas tranſit nuptias, quàm filijs primi matrimonij, ſit ne illud inter ipſos ſolos diuidendum, an verò etiam vitrico & nouercæ pars debeatur.

NON eſſe diuidendum inter ſolos filios primi matrimonij, ſed portionem virilem tribuendam eſſe vitrico quoque & nouercæ, ſentit Gloſſ. *in d. l. hac edictali, in verbo, Diuidi*, C. *de ſecund. nupt.* Salic. *ibi in 2. quæſt. Bald. in conſ. 263. lib. 4. Caſtrenſ. in Authent. præterea.* C. *vnde vir & vxor. Dec. in conſ. 246. Io. de Anan. in conſ. 69.* & alij *à Gabrielio citati commun. concluſ. tit. de ſecund. nupt. concl. 4. num. 57.*

Fundamentum eſt, quia lex permittit, vt vitrico & nouercæ tantum relinquatur, quantum ipſis filijs primi matrimonij, *vt patet ex d. l. hac edictali, & ex* § *optimè. in Auth. de nupt.* Vnde & conſequens eſt, talem diuiſionem non eſſe alienam à ſententia & mentes ipſius legis, ſed potius illi conformem, vt ſaltem tantum habeat vitricus & nouerca, quantum filij.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Stephanus Bertrandus, *in Commentarijs d. l. hac edictali, in verbo, ita tamen, num. 15. & in verbo, ſi verò plus, num. 18.* Crauet. *in conſ. 193. numer. 13.* & alij *à Gabrielio citati loco ſuprà proximè annotato.*

Fundamentum eſt in d. l. hac edictali, in illis verbis: [*Si verò plus, quàm ſtatutum eſt, aliquid nouercæ, vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tanquam non ſcriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum ſit, ad perſonas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus.*] Idem habetur in d. §. optimè, in Authent. de nuptijs.

Quibus verbis apertè indicatur, totum, quòd plus eſt, diuidendum eſſe inter filios primi matrimonij. Cur ergo etiam vitricum & nouercam adiungamus, eiſque partem adſcribamus, quos ipſa lex omittit.

Ad argumentum reſpondetur, lex quidem hoc permittit, vt nihil plus relinquatur, nec abhorret, vt tantum habeant vitricus & nouerca, quantum ad filios peruenerit, ſed tamen ſi plus nouercæ, aut vitrico detur, non minus disertè ſtatuit, id omne ad filios (nulla ipſius vitrici ac nouercæ mentione habita) transferri.

Et ita deciſum eſt à Rota nouiſſimè, totum quod aufertur applicandum eſſe filijs, *deciſ. 756. in 3. part.*

Capvt LXX.

Vtrum id quod filij primi matrimonij auocant à nouerca, vel vitrico, imputare debeant in legitimam debitam ex bonis parentis.

SI liberis prioris matrimonij minus legitima portione ſit relictum à parentibus, ſupplementum eos petere poſſe certum eſt. Sed controuerſia eſt, ſi parentes plus relinquant vitrico, vel nouercæ (ſecundis quippe nuptijs contractis) quo in caſu illud plus auocare poſſunt, *iuxta l. hac edictali.* vtrùm id, quod ita auocant, in legitimam eis debitam ſit imputandum.

Et quidem imputandum eſſe reſponderunt Alex. *in conſil. 158. lib. 5.* Anchar. *in conſil. 101. Alciat. ad l. in quartam, circa fin. ff. ad leg. Falcid.* & alij *ex antiquiorib. quos commemorat Gabr. commun. concl. tit. de ſecund. nupt. concl. 4. num. 60.*

Fundamentum eſt, quia in legitimam imputantur filio, quæcunque habet ex ſubſtantia patris, *l. quoniam Nouella, l. ſcimus, § repletionem, C. de inoff. teſtam.* Sed id, quod auocatur, ex conſtitutione d. l. hac edictali, ex ſubſtantia parentis deſcendit, ergo in legitimam imputari debet.

Con-

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt glo. *in §. optimè, in verbo, quippe, in Auth. de nuptijs.* Crauetta *alios plures commemorans in conſ.* 194. & alij *à Gabrielio citati loco annotato.*

Fundamentum eſt in d.l. hac edictali, & in §. optimè, in Authent. de nuptijs. quibus in locis indicatur, vtrumque filios primi matrimonij poſſe obtinere, nempè legitimam portionem, & præterea illud plus quod nouercæ & vitrico eſt relictum, vel donatum, illis verbis text. [*Ita tamen, vt quarta pars, quæ eiſdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, niſi ex ijs cauſis quæ de inofficioſo excludunt querelam.* Et rurſus illis: *Sin verò plus, quàm ſtatutum eſt, aliquid nouercæ vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit, ad perſonas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus.*]

His poſtremis verbis continetur auocatio, cùm plus relictum eſt Vitrico, vel Nouercæ. Prioribus autem verbis neceſſitas illa deſignatur, legitimæ portionis relinquendæ, ex quo efficitur vtrumque poſſe filios obtinere, & portionem legitimam, (neque enim auferri eis abſque cauſa poteſt) & illud plus, quod relictum eſt Vitrico vel Nouercæ.

Confirmatur hac ratione: Nam diuerſo iure hæc debentur filijs prioris matrimonij, legitima quidem, cùm ſint filij, quod autem auocatur à Vitrico, vel Nouerca, illud habent filij ex lege ita diſponente propter tranſitum parentis ad ſecundas nuptias.

Et hæc ſententia videtur mihi veriſſima; Etenim ea non imputantur in legitimam, quæ licèt ex ſubſtantia patris procedant, aduentitio tamen quodam iure acquiruntur, veluti ex iure accreſcendi, ex ſubſtitutione, & ſimilibus, *vt in l. Scimus. §. Repetitionem, C. de inoff. teſtament.* Hoc autem lucrum aduenire filijs videtur extrinſecus nempè ex eo, quòd parens ad ſecundas nuptias tranſierit, & Vitrico, vel Nouercæ plus reliquerit, neque enim directè illud ex parente habent, immò verò contra parentis voluntatem, vt patet.

Vnde, non obſtat id, quod dicitur; In legitimam imputari, quæ ex patris ſubſtantia proueniunt, quia ita debet intelligi, ſi parens ea relinquat, det, vel donet, vt patet in dote, donatione propter nuptias, & ſimilibus, de quibus loquitur text. *in l. quoniam Nouella.* ſecùs verò, ſi aliunde, quàm ex patris voluntate habeat filius; nempè ex lege ita diſponente aduerſus patris voluntatem, tunc enim habet illud filius à lege potius, quàm à parente, & ſic aduentitium magis eſt, quàm profectitium; Vnde non imputatur, vt in d. §. repletionem. ibi, [*Non ſi quid ex alijs cauſis filius lucratus eſt, vel ex ſubſtitutione, vel ex iure accreſcendi, veputa vſusfr. Humanitatis enim gratia ſancimus, ea quidem omnia quaſi aduentitio iure eum lucrari, &c.*]

Caput LXXI.

Dos à patre profecta, verùm ad patrem reuerti debeat mortua in matrimonio filia, liberis ſuperſtitibus.

CELEBRIS & ſæpè agitata quæſtio eſt, non ſolum apud veteres recentiores interpretes, ad d. l. dos à patre profecta, C. ſolut. matr. verùm apud Doctores paſſim conſulentes.

Eorum Catalogum hic adſcribendum non putauimus, quoniam eo nos, atque alios labore leuauit, Ant. Teſſaur. *deciſ. Pedem.* 190. omiſit tamen, niſi fallor, Anton. Fabr. *lib. 1. Coniectur. Iuris, c. 16.*

Ego (quod à nemine factitatum hactenus ſcio) argumenta vtriuſque ſententiæ fideliter & accuratè referam, tum quid ipſe ſentiam, breuiter explanabo.

Qui igitur exiſtimant dotem ad patrem redire filia in matrimonio defuncta ſuperſtitibus liberis, tribus potiſſimum argum. in hanc ſententiam adducuntur.

Primum ex l. iure ſuccurſum, ff. de iure dotium. [*Iure ſuccurſum eſt patri* (ait textus) *vt filia amiſſa, ſolatij loco cederet, ſi redderetur ei dos ab eo profecta, ne & filiæ amiſſæ, & pecuniæ damnum ſentiret.*] Sunt & aliæ decem leges, quæ idem dicunt, & citantur à Gloſſ. *in d. l. dos à patre.* quæ quidem leges cùm ſimpliciter loquantur, nec diſtinguant, vtrùm liberi adſint, nec ne, ſimpliciter

etiam intelligenda ſunt; Præſertim, quia ſi nulli extent liberi, nulla eſt ratio dubitandi, quin ad patrem dos reuertatur; Certum enim eſt, patrem in ſucceſſione filiæ omnibus eſſe præferendum, præcipuè marito ipſius filiæ, quare vt aliqua ſit ratio dubitandi, ſic videntur generaliter accipiendæ, vt dictum eſt, ſcilicet, etiam liberis extantibus.

Alterum argumentum eſt ex eo, quòd Vlpianus *in fragmentis apud Cuiacium, tit. de dotibus.* ſcribit, mortua in matrimonio filia, dotem reuerti ad patrem, ſeruatis tamen penes maritum in ſingulos liberos quintis. Hæc verò quintarum retentio, propter liberos, ſublata eſt à Iuſtiniano, *in l. vnic. §. Sileat, C. de rei vxor. actio.* Ex quo efficitur iam nouo iure liberè dotem ad patrem reuerti etiam filijs exiſtentibus.

Tertium, quia dotis actio communis eſt patri & filiæ, *l. 2. §. quòd ſi in patris. ff. ſol. matr.* ergo mortua filia conſolidatur in patrem, *vt notat Bart. & alij in d. §. quòd ſi in patris.*

At eorum, quibus contra videtur, dotem apud maritum & liberos remanere debere, nec patri reſtituendam, argumenta hæc ſunt.

Primum ex l. vlt. §. 1. ff. vt legat. nom. caueat. Verba textus ſunt iſta: [*Idem quæſijt teſtatricem apud maritum ſuum, ex quo filium reliquerat, res depoſuiſſe non exacta cautione depoſitionis, an eæ res patri heredi reſtitui debeat: an verò, quoniam emolumentum totius hereditatis ad filium defunctæ reuerti deberet, apud maritum remaneret, ad quem dos remanſiſſet. Reſpondit, quòd mulieris manſiſſet, nec in dote fuiſſet, reſtituendum eſſe heredi.*] Illa verba text. *Apud quem dos remanſiſſet*, manifeſtè probant, dotem apud maritum remanſuram liberis extantibus, & verba illa: *Nec in dote fuiſſet*, indicant dotem patri non eſſe reſtituendam.

Secundum eſt ex l. illam, C. de collat. quatenus ibi nepotibus neceſſitas imponitur conferendi dotem, tum ſuccedunt auo, qui poſt filiam deceſſit. Nam ſi ad auum (patrem, ſcilicet, matris eorum) dos reuerteretur, non eſſet in ea ſpecie de collation. tractandum inter ipſos nepotes, quia dos apud eos non eſſet, ſed apud auum.

Tertium eſt ex l. poſt dotem, ff. ſol. matr. vbi Papin. ſcribit, patrem qui ſine voluntate filiæ (ita enim reſtituendum eſſe locum illum rectè ſenſit Cuiac. *lib. 4. obſer. c. 21.*) ſtipulatus eſt, diuortio facto dotem dari, ſi poſt impletam ſtipulationis conditionem filia moriatur, poſſe quidem ex ſtipulatu agere, ſed non aliter, quàm ſi filia ſine liberis deceſſerit.

Quartum argumentum eſt ex l. ſi filiusfa. ff. ad Maced. vbi dicitur, mortua in matrimonio puella, patri repetitionem dotis dari. Puellam enim interpretari debemus illam, quæ nullos liberos ſuſcepit, *ex l. vxorem, §. teſtamento, ff. de leg. 3.*

Poſtremum eſt ab æquitate. Nam cùm dos ſit proprium ipſius filiæ patrimonium, *vt in l. 3. §. ſed vtrum. ff. de minorib.* æquum eſſe videtur, vt in ea ſuccedant liberi ipſius.

Rurſus cùm dos marito detur pro oneribus matrimonij, *l. pro onerib. C. de iure dot.* æquum eſt, vt liberis exiſtentibus, in quibus educandis onus eſt maximum, dos apud virum remaneat.

Denique, cùm ob matris mortem maximus ſit dolor filiorum, vt etiam ad eoſdem ſucceſſionis emolumentum perueniat, æquitatis & rationis eſt. Idque erit ex voluntate filiæ, quæ liberos ſuos magis, quàm patrem dilexit, vt liberis potius, quàm patri dos reſtituatur.

Ego hac in re ſic ſtatuo: Si agatur de filia in poteſtate patris exiſtente, priorem ſententiam non ſolùm eſſe probabiliorem, ſed etiam certiſſimam: ſi verò agatur de filia emancipata, poſteriorem eſſe veriſſimam.

Ratio mea eſt: quia in bonis profectitijs, ſicut eſt dos à patre profecta, filius in poteſtate exiſtens, non habet hæredem, nec quidem filium, quoniam illa patri pleno iure acquiruntur, cùm nihil ſit immutatum à Iuſtiniano in profectitijs, text. in §. 1. in Authent. de hær. ab inteſt. ibi, [*Licet enim defunctus ſub alterius poteſtate fuerit, tamen eius filij cuiſlibet ſexus ſint, aut gradus, etiam ipſis parentibus præponi præcipimus, quorum ſub poteſtate fuerit qui defunctus eſt, in illis videlicet rebus quæ ſecundùm noſtras alias leges patribus non acquiruntur. Nam in vſu harum rerum, quæ debent acqui-*

ri, ac ſeruari, noſtras de his omnibus leges parentibus cuſtodimus.]

Si ergo in his bonis profectitijs, quia patri acquiruntur, hæredes non habet filiusfamilias, etiam filios ſuos, ſequitur dicendum dotem profectitiam ad patrem pertinere filia defuncta, non autem ad liberos, vel maritum, neque enim maritus hæres eſſe poteſt, vt nec filij ipſi, ſed pater bona profecta occupat iure profectitij peculij.

Quod ſi de filia emancipata ſit quæſtio, hæc omnia ceſſant, quia pro matrefamilias habetur, & de bonis quibuſcumque teſtari poteſt, eaque ad ſuos hæredes tranſmittere, neque enim patri acquiruntur, ſed ipſius filij ſunt pleno iure, ceſſante patria poteſtate, & eius effectu omni, vt patet.

Ad primum argumentum reſpondeo: illam legem loqui de filia emancipata, vt ex eo patet, quód teſtamentum fecit in illa ſpecie. Conſtat enim filiumfam. teſtamentum facere non poſſe, *l. qui in poteſtate. ff. de teſtam.*

Hæc reſponſio valet ad ſecundum etiam argumentum, quia textus *in d. l. illam*, loquitur de filia emancipata.

Reſpondit Antonius Faber *loco ſuperius annotato*, non eſſe diſcrimen conſtituendum inter filiam emancipatam, & in poteſtate exiſtentem, quia licèt filia ſit emancipata, tamen dos à patre profecta, ad patrem reuertitur, *l. 5. ff. de diuort. l. filia. ff. ſol. matr.*

Non rectè, quia filia emancipata pro matrefam. habetur, conſequenter ad filios quos habet, tanquam hęredes, dotem ſuam tranſmittit, patri enim non acquiritur ceſſante patria poteſtate, & filij in ſucceſſione patri defuncti præferri debent, quare tunc demum ad patrem dos reuertitur filiæ emancipatæ, cùm nullos illa liberos reliquerit.

Ad tertium reſpondeo, textum *in d. l. poſt dotem*, loqui ſpecialiter de filia, cui pater dotis actionem donauit, vt ex eo patet, quod dicit ex interuallo poſt contractas nuptias patrem ſtipulatum ſibi dotem reddi, neque enim ex interuallo pater filia non conſentiente ſtipulari poteſt, quia deteriorem cauſſam in dote filiæ ex interuallo facere non poteſt, *vt habetur in l. quoties. ff. ſolut. matr.*

Et ſic illud eſt argumento, dotem filiæ acquiſitam, alioqui nulla eſt ratio, cur etiam ex interuallo deteriorem cauſſam pater facere non poſſit, niſi quia actio dotis àntea quæſita eſt filiæ.

Si ergo filia deceſſerit in matrimonio liberis extantibus, ad illos, tanquam hæredes, dos perueniet, non ad patrem, quia in dote profectitia, cuius actionem pater filiæ donauit, hæredes habere poteſt filia, *vt declarat Bart. in d. l. poſt dotem. numer. 27. & ibid. Iaſ. numer. 58. & 59.* Si verò filios non relinquat, meritò pater ex ſtipulatu aget, quia tunc nullus eſt hæres filiæ in dote, qui patrem agentem ex ſtipulatu remouere poſſit exceptione illa [*Si non ex voluntate filiæ ſtipulatus ſit.*]

Ad quartum reſpondeo; Id tantùm ex allegato textu probari, filia mortua in matrimonio ſine liberis, dotem ad patrem redire propter verbum, *Puella*, ſed ſunt alię leges, quæ de filiafamilias loquuntur, *vt l. dos à patre, C. de ſolut. matr. l. iure ſuccurſum. ff. de iure dotium, & aliæ concordantes.*

Nec enim placet Fabri ſententia exiſtimantis illud verbum, *filiafamilias*, ab imperito interprete adiectum, cum nullo hæc ſententia ſolido fundamento nitatur.

Ad poſtremum reſpondeo, non vſque adeò durum videri, etſi liberi non ſuccedant in dote. Nam poſt mortem aui, ſuccedent vel ſoli tanquam nepotes ex filia, vel cum alijs filijs defuncti, *vt in Auth. de hæred. ab inteſt. venient. §. 1. ibi: Sic tamen, &c.*

Quare ſi Statuto Municipali ſtantibus filijs maſculis, fœminæ excludantur, & deſcendentes ab eis, ita tamen, vt filiæ debeant dotari, vt in patria mea, durum profectò mihi videretur, & iniuſtum quoque, vt ad patrem dos rediret, non autem ad filios, ac maritum pertineret. Sic enim ſequeretur, nec filiam, nec eius filios quicquam conſecutos fuiſſe in bonis, & hæreditate patris, ſeu aui. Nam filia dotem effectu non habuiſſet, quia ad patrem eſſet reuerſa. Filij verò eius ab aui ſucceſſio-

ne excluderentur, & ſimul etiam à dote.

Quod verò dicitur, dotem eſſe proprium filiæ matrimonium, nihil obſtat, quia intelligendum, id eſt, ſaluo iure, quod pater habet in dote profectitia.

Non obſtat id, quod dicitur æquum eſſe, vt dos apud virum maneat, propter onera matrimonij, vt filios ex eis alere poſſit. Nam huius rei non eſſe rationem habendam Imperator docet *in l. vnica. §. Sileat. C. de rei vxor. act.* [*Sileat,* inquit, *propter liberos retentio, cùm ipſe naturalis ſtimulus parentes ad liberorum ſuorum educationem hortetur.*]

Denique non obſtat quod dicitur de dolore filiorum ex morte matris leniendo, quia maior eſt habenda ratio patris in hac re, ne & filiæ amiſſæ, & dotis detrimentum patiatur, *l. iure ſuccurſum. ff. de iure dot.* filij enim parentem habent, eique ſuccedent, & auo etiam, cùm morietur, *vt iam dictum eſt.* Vide etiam hac de re Cuiac. *ad Aphricanum tract.* 6. Duaren. *ad l. ſi dotali, ſolut. matrimon.* qui exiſtimat decíſam eſſe hanc quæſtionem ex fragmentis Vlpiani, ſed malè, quia non valent ad deciſionem cauſarum, *l. 2. C. de veteri iure enucl.*

CAPVT LXXII.

Donatio inter patrem, & filium, & inter virum, ac vxorem excedens quingentorum aureorum ſummam, ſi non fuerit inſinuata, vtrum morte donatoris confirmetur, ſaltem vſque ad ſummam quingentorum aureorum.

SAlicetus *in Commentarijs, leg. donationes quas parentes. C. de donat. inter virum & vxorem.* in ea eſt ſententia, vt ſi donatio inter patrem & filium, & inter virum, & vxorem excedens quingentorum aureorum ſummam, inſinuata non fuerit, morte donatoris minimè confirmetur, etiam vſque ad ſummam aureorum quingentorum.

Eum ſecutus eſt Socinus ſenior *in l. 1. numer. 97. ff. ſolut. matr. & in conſ. 115. lib. 4.* Iaſ. *in l. 1. §. ſed ſi mihi. ff. de verbo. oblig.* & alij *à Gabrielio relati, Commun. concluſionum titul. de donationibus, concluſ. 7.*

Fundamentum eſt *in d. leg. donationes quas parentes,* in illis verbis. [*Ita firmas eſſe per ſilentium donatoris, vel donatricis ſancimus, ſi vſque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes, actis fuerint intimatæ. Nam amplioris quantitatis donationem minimè intimatam, nec per ſilentium eius, qui donauit, confirmari concedimus.*]

Sed contrariam ſententiam amplexi fuêre Ioan. And. *in additionibus ad Specul. tit. de donat.* 1. Aretinus, *in conſil.* 17. *Ruinus, in conſil. 44. lib. 2.* & alij *à Gabrielio citati loco proximè relato, quibus adde Antonium Gomeſium, variar. reſol. tom. 2. c. 3. tit. de donatione, poſt numer. 17. verſic. Pulchrum tamen & ſubtile dubium. Clarus, §. donatio, q. 17. verſ. ſed hic.*

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior. Primum ex iuris noſtri regulis. Vtile per inutile non vitiatur, *l. 1. §. ſed ſi mihi, ff. de verb. oblig. c. vtile, de reg. iur. lib. 6.* ſcilicet, in rebus diuiduis, vt in ſpecie propoſita.

Secundò, ex l. Sancimus, C. de donatio. [*Si quid,* inquit Imperator, *ſupra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod ſuperfluum eſt, tantummodò non valere, reliquam verò quantitatem, quæ intra legis terminos conſtituta eſt, in ſuo robore perdurare, quaſi nullo penitus alio adiecto, &c.*]

Tertiò, ex l. ſi quis pro redemptione, C. *eod. titul.* vbi Imperator ſtatuit donationes, quæ non fuerint inſinuatæ, ſine aliqua diſtinctione vſque ad quingentos aureos, valere.

Ad textum *in d. leg. donationes quas parente,* in quo ponitur contrariæ ſententiæ fundamentum, reſpondeo, id, quod in ea lege dicitur, donationes iſtas inſinuationem requirere, ad interpretationem legis inſinuationem requirentis pertinere, vt ſcilicet, intelligatur legem inſinuationem requirentem ad donationes etiam porrigi, quæ fiunt inter patrem, & filium, & inter virum & vxorem. Sic ergo eſt accipienda lex interpretans, quemadmodum lex interpretata, *vt dicebat Bartolus in l. nihil. ff. de coniungendis cum emancip. liberis.* Sed lex inſinuationem requirens ſic accipitur, vt ſi donatio quingentos aureos excedens, non fuerit inſinuata, tamen valeat vſque ad ſummam quingentorum aur[illegible]um, [illegible] eodem modo accipienda eſt lex alte[illegible] quæ

adin-

ad interpretationem eius pertinet, & nihil aliud docet, niſi donationi inter dictas perſonas excedenti aureos quingentos, inſinuationem eſſe neceſſariam.

Capvt LXXIII.

Donatio inter patrem, & filium, & inter virum, & vxorem, vtrum ita donatoris morte confirmetur, vt rei donatæ dominium, & fructus ad donatarium pertineant ex eo die, quo donatio facta eſt.

ACcurſius *in l. donationes quas parentes, C. de donatio. inter virum & vxor.* ſic ſtatuit in hac quæſtione. Donationem ex die, quo celebrata eſt valere quantum ad hunc effectum, vt donatarius fructus rei donatæ conſequatur, non autem dominium rei donatæ. *Idem reſpondit Caſtrenſis, in l. talis ſcriptura, de leg. 1. vbi Alex. teſtatur hanc eſſe communem ſententiam. Idem docet Bartolus, ad l. ſi is qui pro emptore, num. 3. ff. de vſucap. Couuar. in Rubr. de teſtam. in 3. part. numer. 3. Clarus, §. donatio, q. 9. Antonius Gomeſius Variar. reſol. tomo 2. c. 3. tit. de donatione, num. 23.*

Huius ſententiæ argumenta quatuor ſunt potiſſimum. Primum, quia retrotractio non habet locum, niſi extremum ad quod ſit habile, *vt declarat Bart. in d. l. ſi is qui pro emptore.* ſed extremum ad quod habile non eſt in propoſita quæſtione, quia illud extremum eſt tempus factæ donationis: Eſt autem tale tempus inhabile, quia tunc filius eſt in poteſtate, & matrimonium conſtat, Ergo retrotrahi donatio nequit.

Secundum argumentum eſt ex *l. 2. C. de inoff. donatio.* vbi lex loquens de donatione patris inofficioſa in vnum ex filijs collata, dicit mortuo patre familiæ herciſcundæ iudicium locum habere inter filios. Iudicium autem familiæ herciſcundæ locum non habet, niſi ſuper rebus hæreditarijs, *l. 1. & 2. ff. fam. herciſc.* Ergo illa lex ſignificat res à patre donatas filio remanere in bonis patris defuncti, & ſic in hæreditate. Si ſic eſt, igitur earum rerum dominium filius non eſt conſecutus ex eo die, quo facta eſt donatio.

Tertium eſt ex *l. in donationibus C. ad l. Falcid.* vbi textus dicit, In donationibus inter virum, & vxorem legem Falcidiam locum habere: quia fideicommiſſi partibus funguntur. Ergo dominium rerum in donatarium non transfertur, niſi ex die mortis donantis, quaſi videlicet ex fideicommiſſo. Neque enim lex Falcidia locum habet in bonis aliter quæſitis, quàm per vltimam voluntatem, *l. in ratione. §. vlt. ff. ad l. Falcid.*

Quartum argumentum eſt ex *l. 1. §. ſi pater. ff. pro donato.* Ait textus: [*Si pater filio, quem in poteſtate habet donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet vſum, quoniam nulla donatio fuit.*] Ex hac lege ſic argumentari licet. Si donatio patris eius morte confirmatur, & ad tempus, quo facta eſt, refertur ita vt ex eo tempore filius dominium conſequatur, cur non ibi vſucapiendi facultatem ex eo die, quo donatio rei alienę facta fuit habebit?

Cæterùm, contrariam ſententiam habuerunt Gloſſ. *in l. ſequens quæſtio, de leg. 2. & in l. ſi ſub conditione, ff. de ſolutio.* Aretin. *in d. l. talis ſcriptura, de legat. 1. Imola, Angelus, Iaſon, & Crotus in d. l. ſi is, qui pro emptore, & ibidem Ruinus, & Sebaſtianus Maſſa.* Iſti omnes docent rei donatæ dominium acquiri ex die, quo donatio facta eſt, & conſequenter etiam fructus ex eo tempore ad donatarium pertinere.

Et in hanc ſententiam ipſe quoque deſcendo, autoritate d. l. *donationes quas parentes,* in illis verbis: [*Si verò vel non amplior eſſet, in actis inſinuata ſit, tunc & ſilentium donatoris, vel donatricis, & ſpecialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conſcripta ſit, ſicut & alias ratihabitiones negotiorum geſtorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta ſunt.*]

Illa verba poſſunt vrgeri tripliciter, Primum: quia ſimpliciter & abſolutè diſponunt donationem referri ad illud tempus, quo conſcripta eſt. Hic eſt autem effectus donationis, vt dominium rei donatæ transferatur in donatarium, quia donatio eſt doni datio, *l. Senatus, & donatio. ff. de donat.* Et qui dominiũ habet, fructus etiam con-

conſequitur, *l. & ex diuerſo. §. vbi autem. ff. de rei vend. l. 1. & 2. C. de pignor. act.*

Secundò vrgeri poſſunt, quia textus vtitur exemplo ratihabitionis. Conſtat autem ratihabitiones ita retrotrahi, vt & dominium rectò fingatur acquiſitum, *l. ſi hac mente, 25. ff. de nego. geſtis.*

Ad primum argumentum reſpondeo, Extremum ad quod, non eſſe prorſus inhabile, quia donatio valet à principio iure naturali inſpecto, licèt ſecùs iure Ciuili.

Ad ſecundum reſpondeo, textum, *in d. l. 2. C. de inofficioſa donat.* non abſolutè hoc dicere locum eſſe iudico familiæ herciſcundæ mortuo patre, qui donauit, quaſi res donatæ videantur in hæreditate patris remanere; Sed textus dicit: [*Arbitri familiæ herciſcundæ officio congruere, vt alteri filio debitam legitimam portionem incolumem ſeruet,*] quia donatio erat inofficioſa, & ideo eatenus etiam reſcindenda.

Ad tertium, ex l. in donationibus. C. ad L. Falcid. ita reſpondeo. Lex Falcidia locum habet in donationibus inter virum, & vxorem, quia vicem obtinet fideicommiſſi, quaſi videlicet fidei committatur hæredis vt rem donatam tradat donatario. Sed hoc non facit quo minus donatio referri debeat ad tempus, quo conſcripta eſt, neque enim talis fictio Falcidiam impedire poteſt.

Ad poſtremum reſpondeo, donationem patris donantis morte confirmari, & retrotrahi, vt pater rem propriam donat, ſecùs ſi rem alienam; Tunc enim agitur de alterius, nempè, domini rei præiudicio, ideo æquitas ceſſare dicitur, ac proinde fictio ſeu retrotractio ceſſat, *l. ſciendum, & ſeq. ff. ex quib. cauſis maior.*

Cùm igitur in ſpecie, de qua loquitur Iuriſconſultus *in d. l. 1. § ſi pater. ff. pro donatio.* agatur de re aliena donata vſucapienda in Præiudicium domini, meritò ceſſat fictio, ceſſat enim æquitas, nec donatio quo ad vſucapiendi conditionem, retrotrahitur, ſeu refertur ad tempus, quo conſcripta eſt, ne domino rei præiudicium inferatur.

CAPVT LXXIV.

Donatio remuneratoria inter patrem, & filium vtrum valeat.

COmmunis eſt ſententia donationem, quam vocant remuneratoriam, inter patrem, & filium valere, *Decius & Alexander in l. ſi donatione. C. de collat. Clarus, §. donatio, q. 8. Tiraquell. ad l. ſi vnquam, in verbo, donatione largitus, num. 20. C. de reuoc. donat. Andr. Gaill. lib. 2. Pract. obſer. c. 38.*

Fundamentum eſt, quia cur donatio ſimplex regulariter non valeat, illa eſt cauſa, quòd rei donatæ dominium ad patrem reuertitur. Omnia enim à patre profecta illi acquiruntur ſecundùm leges veteres, quæ correctæ non ſunt, *in l. cùm oportet, C. de bonis quæ lib.*

Hæc ratio ceſſat, quando filius eam donationem propter beneficia in parentem collata, eſt promeritus; Videtur enim eo caſu, non tam ex ſubſtantia patris, quàm ex propria induſtria rem donatam adeptus.

Cæterùm aduerſus hanc ſententiam duo pugnare videntur argumenta. Alterum, quia non videtur fieri poſſe, vt filius ita ſe gerat erga Patrem, vt eum beneficio collato ad remunerandum obliget. Scribit enim Ariſtoteles, *lib. 9. Ethicor. cap. 1.* Dijs atque parentibus parem gratiam rependi non poſſe.

Alterum argumentum ſumi poteſt *ex l. tutor. §. qua tutoribus. ff. de excuſatione tutor.* in illis verbis: [*Cùm iudicium patris, vt filius, non vt tutor, promeruit.*]

Primum argumentum effecit, vt Lancellotus Politus, politiſſimæ vir literaturæ, *Tiraquello teſte loco iam citato*, de communi ſententia dubitauerit, & poſt eum D. Menochius *de præſumpt. lib. 3. c. 29. num. 4.* qui plura in eam ſententiam teſtimonia adfert.

Alterum verò, vt ab ea receſſerint Bald. *in Auth. Ex teſtam. C. de collatio.* & Roman. *in d. l. ſi donatione. C. eod. tit.*

Verum iſtis nil morantibus, à communi ſententia non puto recedendum. Illud enim

enim certum eſt, legibus noſtris non rarò fieri mentionem meritorum filij erga patrem, ob quæ ſingularem gratiam à parente obtinuerit, *vide text. in §. 1. in Authent. de non elig. ſecun. nub. ibi: Plurimumque à filio expertaſ auorem, exiſtimauit oportere, ne relinqueret eum ſine remuneratione, &c. l. de emancipatis. C. de legit. hæred. ibi: Hoc à genitoribus ſuis meruerunt, &c. in l. cùm pater. §. Rogo, de leg. 2. Rogo filia, & bona tua quandoque diſtribuas liberis tuis, vt quiſquis de te meruerit, in l. 1. §. toties. ff. de Collat. bon. ibi: Si etiam iudicium patris meruit, in l. Fœmina, in prin. ibi: Contemplationis meritorum. C. de ſecund. nupt.*

Et pro hac ſententia multa diſputari poſſent ex his, quæ tradit Seneca *de beneficijs, lib. 3.* vbi argumentis multis præclariſſimè oſtendit, beneficia maxima in parentes à filijs conferre poſſe, ob quæ ſint eis obligati.

Quod verò attinet ad text. *in d. l. qua tutoribus*, facilis eſt reſponſio, quia text. loquitur de patre hæredem, inſtituente filium impuberem, cohæredemque & tutorem ei dante alium filium ętate maiorem, & ait filium tutorem deſignatum prometuiſſe patris iudicium ex eo, quòd filius eſſet, non ex eo, quòd tutor; Quidni? Nam pater debet filios æqualiter inſtituere, ita enim lex hortatur, & monet *vt in §. illud quoque, in Auth. de nuptijs.* Itaque, licèt tutor non eſſet, conſequetur tamen relictam hæreditatem.

CAPVT LXXV.

Quid ſi pater dicat ſe filio donare, tum ob eius benè merita, tum ob amorem paternum, an valeat donatio.

SED hic eſt alia controuerſia donauit pater filio benemerenti, & dixit ſe donare, tum ob eius benemerita, tum ob amorem, quo filium proſequitur, vtrum valeat donatio.

Reſpondit Caſtrenſis *in conſil. 345. lib. 1.* donationem non valere, ſequitur Alexand. *ad l. ſi donatione, col. 2. C. de collat.*

Fundamentum ponunt in duabus brocardicis (vt vocant) Regulis. Prima. Cùm duæ cauſſæ exprimuntur, quarum vna naturalis, altera accidentalis eſt, præualere debet naturalis, *l. qui habet, ff. de tutelis, l. Aurelius. §. Titius. ff. de lib. legat.*

Altera. Vbi ſunt duæ cauſa quarum altera nocet, altera prodeſt, præualet illa quæ nocet, *l. 3. §. vlt. ff. ad Syllan.*

Sed valere iuſſis brocardicis his Regulis, contrariam amplector ſententiam vnà cum Decio, *in d. l. ſi donatione, C. de collat.* & D. Menoch. *lib. 3. de præſumpt. cap. 29. num. 55.* alia firmiori Regula confiſus: Semper in dubijs benigniora ferenda ſunt, *l. ſemper. de reg. iur.* Semper actus interpretari debet magis vt valeat, quàm pereat, *l. quoties. ff. de verb. oblig. l. quoties. ff. de reb. dub.* non debet vtile per inutile vitiari, *c. vtile, de reg. iur. lib. 6.*

Ad brocardicas reſpondeo; eas habere locum, ſi concurrant circumſtantiæ, quæ concurrunt in ijs legibus, ex quibus eliciuntur. Porrò eas leges nihil ad rem noſtram facere clarius eſt, quàm vt probatione ſit opus.

CAPVT LXXVI.

Si pater filio ob benemerita donauerit, quæ tamen probari non poſſint, vtrum conſiſtat nihilominus donatio tanquam ſimplex, quæ ſcilicet morte patris confirmetur.

COmmunis eſt & vera ſententia donationem patris propter filij merita non valere, niſi probentur ipſa merita, neque enim patri donatori eſt credendum. *Vide Tiraq. ad l. ſi vnquam, verbo. Donatione largitus, num. 89. C. de reuoc. donat. Clarum, §. Donatio. q. 8. Andr. Gaill, lib. 2. Obſer. 38.*

Sed controuerſia eſt, ſi merita non probentur, an valeat nihilominùs donatio tanquam ſimplex, & morte patris confirmetur. Reſpondent Bart. & Alex. *ad l. ſi donatione. C. de collat.* valere, quia parens mentionem fecit benemeritorum filij, vt eo magis donatio conſiſteret, quare non debet eius aſſertio contrarium operari, *argumento l. ſi mancipia. ff. de fundo inſtructo.*

Sed contrarium reſpondit Decius, *in d. l. ſi donatione.* quia videlicet talis donatio vi-

detur eſſe ſimulata, & ex falſa cauſſa facta. Ideo non valet, *argument. l. cùm hic ſtatus. §. ſi quis ſponſam. ff. de donat. inter vir. & vxor.* vbi donatio vxori facta non valet, ſi vxor non ſit, [*quia non quaſi ad extraneam, ſed quaſi ad vxorem fecit,*] vt ibi.

Mihi prior ſententia videtur eſſe probabilior, etſi enim mentionem faciat pater benè meritorum filij, tamen ea eſt ipſius voluntas, vt filius omninò habeat. Facit pro hac ſententia tex. *in l. tutor. §. quæ tutoribus. ff. de excuſ. tutor.* in illis verbis: [*Quia indicium patris, vt filius, non vt tutor, promeruit.*]

Ad textum *in §. ſi quis ſponſam*, reſpondeo, magnam ibi eſſe rationem diuerſitatis, quia ſi vxor non ſit, ceſſat donatoris voluntas, neque enim extraneæ donaſſet perſonæ. At in ſpecie noſtra ſubeſt cauſa ipſa naturalis, quia filius.

Capvt LXXVII.

An donatio patris iuramento firmata, valeat.

COmmvnis eſt ſententia donationem patris iuramento firmatam valere, tum quia iuramentum eſt res ſpiritualis, quæ animam obligat, & in ſpiritualibus patriæ poteſtatis (quæ ſola donationi eſt impedimento) ratio habenda non eſt, *cap. vltim. de Iud. lib. 6.* tum quia inter patrem, & filium oritur obligatio ſaltem naturalis, quam pro inde iuramentum confirmare, & efficacem reddere poteſt, *Arg. l. frater a fratre. ff. de condict. indeb. cap. quamuis, de pact. lib. 6. Vide Clarum, in §. donatio, quæſt. 8. Andr. Gaill, lib. 2. obſ. 38.*

Cæterùm Caſtrenſis *conſil. 545. lib. 1.* & quidam alij *à Gabr. citati comm. concluſ. tit. de donat. concuſ. 4.* diuerſam ſententiam habuerunt: [*Hæc donat.* (ait Caſtrenſis) *iuramento non confirmatur, ex eo, quia cùm pater filio, vt filio, donauerit, videtur ſibi ipſi donaſſe, propter quod redditur iuramentum fruſtratorium, & inutile, & quaſi ſuper impoßibili, vnde non eſt obligatorium. Quis namque dubitet, quod ſi mihi ipſi dono, & iuro, nullius momenti eſt tam donatio, quàm iuramentum. Præterea, licet iuramentum obſtringat iurantem, non tamen facit capacem cum, qui incapax* *tur, ſi aliàs erat incapax. Argum. l. cùm fundus. ff. de condit. & demonſtrat. Nec hoc reperitur iure cautum, ſed filius non eſt capax, ergo per iuramentum non potuit fieri.*]

Reſpondeo, vbi iuramentum accedit, ceſſat effectus patriæ poteſtatis, quia in his, in quibus animæ ſalus & periculum verſatur, ratio patriæ poteſtatis non habetur, nec eorum, quæ iure ciuili ſunt conſtituta. Omne enim iuramentum ſeruandum eſt, quod non vergit in alterius præiudicium, & abſque ſalutis æternæ diſpendio ſeruari poteſt.

Quare non eſt filius incapax hoc in caſu, nec pater ſibi ipſi donare cenſetur, nec ſuper impoſſibili adhibetur iuramentum. Ceſſante enim patriæ poteſtatis effectu, omnia iſthæc ceſſant: & ſic donatio valet, quaſi ſublato patriæ poteſtatis impedimento.

Capvt LXXVIII.

An valeat donatio, ſi vnus ex filijs alteri filio donet patre conſentiente, bona ipſius patris.

LIcet patris donatio filio in poteſtate non conſiſtat, ſi tamen alter ex filijs alteri donet patre conſentiente, res paternas, eam donationem conſiſtere Oldr. reſpondit, *in conſil. 26.* & ante eum Io. Andr. *ad Specul. tit. de inſtr. editione §. porrò.*

Sed hæc ſententia valdè infirmo nititur fundamento, illo videlicet, quod cùm pater filio donanti conſenſum præſtat, videatur illum emancipare, quo ad talem actum donationis, *argumento l. ſi permittente, C. ad Macedon.*

Hoc inquam, fundamentum infirmum eſt; quia ſi conſiſteret, multo magis haberet locum, vbi pater ipſe filio in poteſtate donaret, vt ſcilicet, eum emancipare videretur, quo ad illum actum, vt eſſet donationis capax, at certè nulla eſt huiuſmodi ratio inter hunc poſtremum & priorem caſum. Quare meritiſſimo iure Oldradi ſententiam repudiat Aretin. *ad l. placet. ff. de acq. hered. Iaſ. in l. frater à fratre, num. 41. ff.*

44. *ff. de cond. indeb. in t. lect.* quibus me ſocium libenter adſcribo.

Porrò nihil mouet quod habetur *in d. l. ſi permittente,* quia non hoc dicit ibi lex filium emancipari poſſe, aut emancipatum videri in ea ſpecie, quo ad vnum actum, ſed agitur ibi de pecunia filiofamilias mutuata cum conſenſu patris, & reſpondetur ceſſare tunc Senatuſc. Macedoniani poteſtatem; Rectè, quia videtur creditor ſecurus fidem patrisfamil. & propter paternum conſenſum mutuaſſe filio, quo in caſu & rationem omnem Senatuſconſulti planè ceſſare proculdubio eſt.

CAPVT LXXIX.

Si pater filio in poteſtate donet bona pro ſua legitima, vtrum ſtatim donatio valeat, an verò ſit expectanda mors patris, vt ex ea donatio confirmetur. Et quid ſi ſtudiorum gratia filio donauerit.

SI pater filio ſuo in poteſtate conſtituto pro legitima portione aliquid donauerit, valere ſtatim donationem Angelus docuit, *in l. ſi non mortis. ff. de inoff. teſtam.* cuius ſententia confirmari poteſt ex d. l. ſi non mortis, & ex l. ſi quando, §. & generaliter, C. eod. titul. & prætereà hoc argumento, quod cùm pater filio legitimam relinquere teneatur, ſi aliquis in eam cauſam ipſi donauerit, videatur potiùs debitum ante diem ſoluere, quàm donare, & ideo donatio valeat: Nam etſi prohibita ſit inter virum & vxorem donatio, non tamen alter alteri, quod in diem debet, ſtatim ſoluere ac præſtare prohibetur, quamuis commodum temporis retenta pecunia ſentire potuerit, *vt ait Iuriſconſult. in l. ſed ſi vir. §. quod vir vxori. ff. de donatio. inter vir. & vxorem.*

Sed contrarium reſpondit Aret. *in conſil. 17. & in l. placet. ff. de acquir. hered.* & alij *à Petro Duenna citati, Regula 223. ſequitur D. Menoch. de præſ. iuris. lib. 3. c. 29. num. 109.*

Iaſon autem diſtinguit *in l. frater à fratre, num. 44. ff. de condict. ind.b.* vt ſcilicet donatio quidem valeat, ſed tamen reuocari poſſit.

Sed Aretini ſentent. mihi magis probatur. Primò moueor ex regula generali, quæ ſtatuit donationem inter patrem & filium non valere.

Deinde autoritate l. cùm de bonis, C. de donat. [*Cùm de bonis tuis* (inquit text.) *partem quidem neges te retinuiſſe, partem verò in eum, quem in poteſtate habes, donationis titulo contuliſſe commemores, non eſt incerti iuris, in eum, qui in ſacris familiæ tuæ remanet, deſtinatione magis paternæ voluntatis factam, quam perfectam donationem peruenisſe.*]

Hic Imperator loquitur de patre donante filio in poteſtate bonorum ſuorum partem, & reſpondit non valere donationem. Si donatio valeret per legitima, debuiſſet id explicare, alioqui minus ſufficienter reſpondiſſet.

Huc accedat quod Vlpianus ſcribit *in l. ſi filia. §. ſi pater. ff. fam. hercisſc.* Papianum ſcilicet reſpondiſſe, cum pater inter filios bona ſua diuiſit, non videri donationem illam, ſed potiùs ſupremi iudicij diuiſionem. Et tamen valere deberet ſaltem quo ad legitimam filijs debitam, quaſi videretur eam ante tempus aſſignare.

Nec contrarium probant leges allegatæ in argumento contrariæ opinionis. Id enim tantùm volunt, filium agere de inofficioſo teſtamento non poſſe, cui pater viuens debitam portionem donauerit. Rectè: quia portionem illam debitam iam habet ex bonis donatis. Sed vtrum ſtatim illa donatio valeat, ipſo patre viuente, vt regulariter donatio valet, extra perſonas prohibitas, non habetur in dictis legibus.

Quod verò dicebatur, partem videri ante tempus ſoluere, & ideo valere donationem, ſicut cum vxori ſoluitur ante diem, nihil obſtat, quia non eſt certum legitimam filio deberi: Nam vt ipſe ante patrem moriatur accidere poteſt. Lex autem loquens de coniugibus ante diem ſoluentibus, de certo debito loquitur, non de incerto, vt hic.

Quod verò attinet ad donationem ſtudiorum cauſa factam, illam valere communis eſt ſententia. *Vide Iaſonem ad l. 1. num. 23. ff.*

23. *ff. ſolut. matrimon. Clarum, in §. donatio, q.* 8. Sed quoniam vix firmum habet aliquod fundamentum, ab ea multi diſſentiunt, *vt videre eſt ex allegatis.*

Ego verò ſtudioſorum cauſam maximè adiuuari puto ex l. 3. §. ſed ſi in caſtra, ff. de donat. inter vir. & vxor. [*Si mater filio, qui in patris poteſtate eſt, donet* (inquit text.) *donatio non valet, quia patri quaeritur, ſed ſi in caſtra eunti filio dedit, videtur valere, quia filio quaeritur, & eſt Caſtrenſis peculij.*] Ergo & id quod filio ſtudiorum cauſa donatur, videtur eſſe quaſi Caſtrenſ. peculium, ſi armata militia togatæ comparetur, *l. Aduocati, C. de aduoc. diuerſ. iudic.* conſequenter patri non quæritur, & valet donatio.

Capvt LXXX.

Vtrum donatio inter virum & vxorem remuneratoria, vt vocant, iure conſiſtat.

Si vir ſenex vxorem ducat ætate florentem, & remunerationis ergo, donet ei quicquam, eam donationem iure ſubſiſtere, & efficacem eſſe ſtatim, vt aliæ donationes valent inter viuos, communis eſt ſententia. *Vide Bar. in l. 1. C. de dote promiſſ. Bald. Nouellum de dote, in 10. parte, num. 8. & ſequen. Clarum, in §. donatio, q. 9. Couuar. in tit. de ſponſalib. in 2. parte, cap. 3. §. 3. num. 2.*

Fundamentum verò poſitum eſt in l. *quod autem, §. ſi vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.*

Sed contrarium reſponderunt Crauet. *in conſil.* 51. & Pinellus *ad l. 1. in 3. parte, C. de bonis matern.* quibus & ipſe me lubens ſocium adiungo, eo argumento adductus, quòd multi iure noſtro caſus ſpeciales exprimantur, quibus donatio inter virum & vxorem conſiſtat, & tamen hic, de quo agitur, eorum numero non recenſetur, vt veriſimile ſit eum nec iure enumerandum eſſe.

Nec ſanè immeritò, ſic enim fieret remunerationis huiuſmodi prætextu, vt ſæpè eluderentur leges tales donationes prohibentes, ne mutuo ſe coniuges amore ſpolient, ne matrimonia ſint venalia, ne liberorum curam deſerant, *vt in l. 1. 2. & 3. ff. de dona. inter vir. & vxor.*

Nec quicquam obſtat text. *in d. §. ſi vir.* quia loquitur de reciproca donatione, non autem de remuneratoria iſta, de qua agimus. Ceſſat enim omnis prohibitionis ratio, vbi hinc inde tantum accipitur, quantum donatur.

Verba text. *dicti* §. hæc ſunt: [*Si vir & vxor quinta ſibi inuicem donauerint, & maritus ſeruauerit, vxor conſumpſerit, rectè placuit, compenſationem fieri donationem, & hoc diuus Adrianus conſtituit.*]

Porrò (vt obiter id etiam dicam) dictorum verborum ſenſus elicitur ex l. *cùm hic ſtatus. §. quod ait Oratio. ff. eodem tit.* vbi Vlp. [*Quod ait Oratio. conſumpſiſſe, ſic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus ſit. Cæterùm, ſi factus ſit, orationis beneficium locum habebit. Sed etſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaque extet, dicendum eſt, ſi is deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id, quod dedit, nec compenſare id, quod conſumpſit. Quamuis diuortio ſecuto hæc compenſatio locum habeat.*]

Verba obſcuriora eſſe videntur, ſed rectè declarat Crauet. *in d. conſil.* 51. Si vir vxori donet, & illa tantundem viro, an bòque res donatas retineant, & non conſumant, donatio valet, quia vterque factus eſt locupletior. Hic eſt ſenſus illorum verborum, [*Si factus ſit locupletior, Orationis beneficium locum habebit.*] Si verò alter donatas res conſumat, tunc ſi matrimonium diuortio fuerit ſolutum, retractari donatio nequit. Hoc vult textus in illis verbis. [*Quamuis diuortio facto, hæc compenſatio locum habeat.*] Si verò morte diſſoluatur matrimonium, tunc illa diſtinctio adhibetur, vt ſi præmoriatur is, qui conſumpſit, donatio valeat, tanquam eius morte confirmata, nec retractari ab hærede poſſit. Si verò præmoriatur is, qui locupletior effectus eſt, hoc eſt, qui non conſumpſit, ſed retinuit res donatas, tunc donatio non valeat, quia morte confirmata non eſt, morte inquam illius, qui conſumpſit, ideoque reuocari poteſt.

Hæc eſt ſententia illorum verborum: [*Sed ſi non ſit factus locupletior, dederit tamen*

tantam quantitatem, eaq́ue extet, dicendum eſt, ſi deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id quod dedit, nec compenſare id, quod conſumpſit, &c.]

CAPVT LXXXI.

Vtrum donatio inter coniuges iureiurando confirmetur.

TRiplex eſt Doctorum ſententia. Alij enim docent confirmari, *ita Bart. in l. Seius & Augerius. ff. de verb. oblig. Socin. ſen. in conſil. 77. lib. 1. & alij quamplurimi apud Gabr. commun. concl. tit. de donat. concluſ. 3. Clarum, §. donatio, q. 9. Andr. Gaill, lib. 2. c. 11.*

Alij negant valere, ſeu confirmari iureiurando, *ita Bartolus in l. 1. ff. de donat. inter virum & vxorem. Socin. ſen. ad l. 1. ff. ſolut. matrim. & in conſ. 66. lib. 1. & alij à Gabr. commemorati loco annotato.*

Alij denique reſponderunt donationem quidem iuramento firmari, ſed tamen efficacem non eſſe, niſi donator prædecedat. Præmoriente verò donatario, nullam habere iuris firmitatem. *Celebre hoc eſt illud Decy reſponſum in conſ. 240. & 536. quod latè Crauet. impugnauit in conſil. 102. Rolan. in conſil. 77. lib. 1. ſed latè defenditur à D. Menoch. in conſil. 84. lib. 1.* Ego breuiter iſtarum opinionum fundamenta referam, tum quid mihi videatur, paucis declarabo.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in Iuris Canonici Regula, quæ habet: Contractus, & cæteras pactiones Iure Ciuili infirmas, & inefficaces, iuramento accedente, confirmari, & robur accipere, quia iuramentum eſt ſeruandum, ſi abſque ſalutis æternæ diſpendio ſeruari poſſit, nec in alterius vergat detrimentum, *vt in c. ſi verò, & in c. cùm contingat, de iureiur. & in c. quamuis, de pactis, lib. 6.*

Fundamentum autem negantis ſententiæ illud eſt: Quòd iure prohibita ſit ea donatio, *vt in tota tit. ff. de donat. inter virum & vxorem, & in c. donatio eodem titul.* Idq́ue iuſtiſſimas ob cauſas, ne ſcilicet coniuges mutuo ſe amore inuicem exhauriant, ne liberorum curam deſerant, & ne matrimonia ſint venalia. Quare contra bonos mores videtur eſſe talis alienatio. Iuramentum verò contra bonos mores præſtitum non obligat, *c. non eſt obligatorium, de regul. iuris, lib. 6.*

Tertiæ opinionis fundamentum eſt: Quia iuramentum ſequitur naturam actus cui adijcitur, *l. vlt. c. de non num. pecu.* Hæc autem eſt donationis huius natura, vt morte donantis confirmetur, *l. cùm hic ſtatus, ff. eod. tit. l. à marito, C. eod. tit.* Neque enim ea videtur mens donantis fuiſſe, vt hæredi ac ſucceſſori daret. Quare nec iuramentum quicquam valet contra ipſius mentem iurantis, *vt declarat Iaſ. ad l. ſciendum, num. 33. ff. de verb. oblig.*

Poſtremę denique ſententię fundamentum eſt illud præcipuum; quòd iuramentum reddat ipſam donationem validam & efficacem, ex cauſis iam allatis, ac proinde cùm donatio ſtatim efficax ſit, ad hæredem donatarij tranſmittatur cum cætera hæreditate, *l. hereditas, ff. de verborum ſignificatio.*

Hæc poſtrema ſententia videtur mihi omnibus alijs probabilior. Mouet me iuramenti poteſtas, ac religio, quæ hoc facit vt cęterę pactiones alioqui iure Ciuili improbatæ conualeſcant, ne ſcilicet contingat periurijs viam aperiri, *vt inquit S. Pontif. in d. c. cùm contingat, de iureiur.*

Nec rectè dicitur eam donationem eſſe contra bonos mores: quia moribus receptum eſt, ne valeat donatio, *vt inquit Vlp. in l. 1. ff. de don. inter vir. & vxor.* non autem dicit bonis moribus repugnare, *vt & Soc. iun. adnotauit, in conſ. 44. num. 34 lib. 2.*

Quòd verò dicitur iuramentum ſequi ſolere naturam actus, cui interponitur, minimè locum habet in his, quæ pertinent ad actus efficaciam & confirmationem. Nam actum ſtatim corroborat, & efficacem reddit, *vt optimè deducit Iaſ. in l. ſi conuenerit, num. 8. ff de iuriſdict. omn. iud. etiam patet ex locis ſuprà commemoratis.*

Denique non obſtat id, quod ſubiungitur, iuramentum non operari contra iurantis intentionem. Nam hic non repugnat iurantis intentio. Nam ſi eum, cui donauit, rem donatam habere voluit, atque ita iurauit; videtur etiam in conſequentiam voluiſſe,

luiſſe, vt donatorio defuncto, res tranſiret ad eius hæredem, ſicut alia tranſeunt. Alioqui ſi valeat hoc argumentum, nulla ad hæredem donatio tranſmitti poterit, quòd abſurdum eſt.

Capvt LXXXII.

Vtrum donatio reciproca, vel remuneratoria, vel ob cauſam, excedens ſummam quingentorum aureorum, & inſinuationem requirat.

Commvnis eſt ſententia, reciprocam donationem & remuneratoriam, vt vocant: item donationem ob cauſam, inſinuationem non requirere, licèt quingentorum aureorum ſummam excedat. *Vide Tiraq. ad l. ſi vnquam, in verbo, donatione largitus, num. 127. & 143. & Gabr. commun. concl. tit. de donat. concl. 1.*

Eius verò fundamentum eſt in l. 1. *& in l. hoc iure vtimur, §. vlt. ff. de donat. in l. Attilius. ff. eodem tit. & in l. ſed etſi lege, §. conſuluit. ff. de petit. hered.*

Cæterùm, quod ad reciprocam attinet, Homodeus diſſentit *in conſil.* 181. Quantum verò ad donationem remuneratoriam, Pinellus *in Commentarijs l. 1. C. de bonis maternis, in 3. parte.*

Fundamentum eius eſt, quia donari dicitur, quòd nullo iure cogente datur, *l. donari, ff. de reg. iur.* licèt naturali quadam iuſtitia is, qui donat, teneatur ad antidota, *vt notat Gloſſ. in d. l. donare,* immò verò plerunque donantur res amicis, qui aliquod beneficium contulerunt. Quare ſi remuneratoriæ donationes inſinuationum legibus ſubiectæ non ſint, vix vlla erit donatio, quæ opus habeat inſinuatione.

Ad d. l. Attilius, reſpondet illam loqui de remuneratione Magiſtri, cui merces debebatur, vt patet ex illis verbis: [*Dixi poſſe defendi, non meram donationem eſſe, verum officium Magiſtri, quadam mercede remuneratum Regulum.*]

Ad d. l. ſed etſi lege, §. conſuluit, reſpondet, contrarium potius probare, nempè, donationem verè dici, quæ remunerationis gratia fit, ex illis verbis quibus dicitur: [*Locupletiorem eum dici, cui remunerationis gratia donatum eſt.*]

Ego ſic ſtatuo; donationem remuneratoriam, & alias ſuperius expreſſas, propriè donationes non eſſe, ſicut & communis ſententia docet; ſed tamen eas inſinuationem exigere.

Priorem aſſertionem probo ex l. 1. ff. de donat. vbi text. [*Donationes complures ſunt. Dat aliquis ea mente, vt ſtatim velit accipientis fieri, & propter nullam aliam cauſam facit, quam vt liberalitatem & munificentiam exerceat. Hæc propriè donatio appellatur. Dat aliquis vt tum demum accipientis fiat, cùm aliquid ſecutum fuerit, ea non propriè donatio appellabitur.*]

Secundò ex l. hoc iure. §. vlt. ff. eod. tit. [*Sed & hæ ſtipulationes* (inquit text.) *quæ ob cauſam fiunt, non habent donationem.*]

Tertiò ex ead. l. in §. Labeo. [*Labeo ait. Extra cauſam donat. eſſe talium officiorum mercedem, vtputa, ſi tibi affuero, ſi ſatis pro te dedero, ſi qualibet in re opera, vel gratia mea vſus fueris.*]

Poſtremò, (quòd ad reciprocam donationem attinet,) illud eſt manifeſtum, propriè donationem non eſſe, quia non fit exercendæ liberalitatis gratia, *vt in l. 1. ff. de donat.* Quare videtur potius eſſe genus quoddam permutationis, *l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de petit. hered.*

Secundam verò aſſertionem probo autoritate l. Sancimus, C. de donat. [*Sancimus,* inquit, *omnem donationem ſine ante nuptias factam, vſque ad trecentos ſolidos cumulatam, non indigere monumentis, ſed communem formam habere, &c. Si quid autem ſupra legitimam definitionem fuerit donatum, & hoc quod ſuperfluum eſt, tantummodò non valere, &c.*]

Hic Imper. docet omnem donationem ſuprà ſummam definitam, inſinuationem requirere, (ſumma porrò ad quingentos aureos extenditur, *ex l. pen. C. eodem tit.*) Qui dicit omne, nihil excludit, *l. Iul. de leg.* 3. Ergo omnis donatio ſub hac lege continetur. Sed reciproca donatio, & ob cauſam, & remuneratoria dicuntur eſſe donationes, *l. quod autem. § ſi vir. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. t. l. affectionis. ff. de donat.* Igitur & hæ donationes indigent inſinuatione.

Secun-

Secundò, aſſertionem probo ex ratione legis: Etenim ad euitandas fraudes, requiritur inſinuatio, *l. laia, C. de donat. & declarat optimè Connanus lib. 5. Comment. iuris, cap. 9.* Fraudes autem excogitari & adhiberi poſſunt etiam in iis donationib. de quibus agitur, vt patet, ergo & hæ donationes requirunt inſinuationem.

Ex his patet reſponſio ad argumenta communis ſententiæ, nihil enim aliud probant; quàm donationes huiuſmodi non propriè donationes eſſe. Quod & ipſe fateor, ſed quia ſaltem impropriè donationes ſunt, aſſero inſinuationę eas indigere, quia omnis donatio excedens ſummam, &c. inſinuationem exigit, vt dixi.

Capvt LXXXIII.

Vtrum donatio ſummam excedens quingentorum aureorum, iuramento firmata, requirat inſinuationem.

Tres ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Vna affirmans. Altera negans. Tertia diſtinguens. Aut iuramento renunciatum eſt inſinuationi & valet donatio, aut renunciatum non eſt & non valet. *Vide Clarum in §. donatio quæſt. 18. Ant. Gabr. commun. concl. tit. de donat. concluſ. 1. Andr. Gaill, lib. 2. obſer. 39. Eugenium in conſil. 7. Ant. Gomeſium variar. reſol. tit. de donat. c. 3. numer. 6. Seraphinum Senenſem de priuil. iuramenti, priuileg. 73. Petrum Duenam regul. 224. num. 5.*

Ego ſic exiſtimo, veriorem eſſe ac iuri noſtro magis conſentaneam eorum ſententiam, qui donationem valere putarunt etiam abſque vlla inſinuatione vbi iuramento confirmata eſt. Moueor hoc argumento, quòd iure Ciuili ita ſit conſtitutum, vt talis donatio minimè valeat abſque inſinuatione, iuſtas quidem ob cauſſas, ſed non tamen tanti faciendas, quanti religio Dei, iuriſiurandi vinculum, peccatum periurij æſtimari debent.

Quare alterum ex duobus dicendum eſt, vel ſeruandas eſſe leges ciuiles, & violandum iuram. Deo præſtitum, vel iuramentum obſeruandum, & eas leges negligendas. At quis non videt iuſtius eſſe leges negligi, quàm Deum periurio offendi?

Adſtipulantur huic ſententiæ Canones in ſimilibus ſpeciebus conſcripti, *vt c. ſi verò, c. cum contingat, de iureiurand. c. quamuis, de pactis, lib. 6.*

Contrariæ ſententię argumenta ſunt iſthæc. Primum fauore publico, ne quis profuſa nimis liberalitate ſuum exhauriat patrimonium, vt donationes inſinuentur, lege conſtitutum eſt. Expedit enim Reipubl. ne homines malè rebus ſuis vtantur, *vt ait Imp. in §. ſed & maior. in Inſtit. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt.* At nemo poteſt iuri publico, iuramento etiam adhibito, derogare, *vt in c. ſi diligenti, de foro compet.* Ergo nec iuramento adhibito valere poteſt abſque inſinuatione donatio.

Reſpondeo, text. *in d. c. ſi diligenti,* loqui de clerico conſentiente in iuriſdictionem laici iuramento etiam præſtito. Ait textus, nullius eſſe momenti conſenſum, Et rectè, quia ius publicum repugnat, quod in Sac. Sacerdotibus & Magiſtratibus conſiſtit, *l. 1. § 1. ff. de iuſtit. & iur.* & iuſtas ob cauſas ſtatuit, vt Clerici à ſecularibus non iudicentur. At hic agitur de iure priuato, licèt enim ob publicam vtilitatem inſinuatio requiratur, non tamen eſt vtilitas publica principaliter, ſed ſecundariò, quare iuramento accedente valet actus.

Id patet in alienatione rerum dotalium, in alienatione rerum minorum 25. annis, & in aliis multis caſibus, in quibus iuramentum ipſum actum confirmat, licèt repugnet ſecundariò publicæ vtilitati, *vt in d. c. ſi verò, & in d. c. cum contingat, de iureiurand. in l. 1. & in Authent. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend.*

Secundum arg. Inſinuatio neceſſaria eſt, vt fraudes euitentur, *l. laia, C. de donat.* Si ergo donatio confirmetur iuram. etiam non adhibita inſinuatione, via fraudibus aperitur, Hoc autem eſt abſurdum, *l. conuenire, ff. de pact. dotal.*

Reſpondeo, viam fraudibus non aperiri, quia nemo præſumitur iurare falſum, ac delinquere, & vbi iuramentum intercedit, res præſumitur acta cum conſilio & deli-

doliberationi, *cap. ex reſcripto, de iureiurand. & tradit optime Alexand. in conſil. 52. num. 2. & 17. lib. 1.*

Tertium argumentum. Lex præſumit fraudes interceſſiſſe, ſi donatio careat inſinuatione. Ergo iuramentum nihil operatur, *c. cum contingat, de iureiur. ibi, Neque vi, neque dolo praſtita, &c.*

Reſpondeo, nego antecedens, neque enim leges dicunt fraudes præſumi, ſi donatio careat inſinuatione, ſed vt fraudes euitentur, inſinuationem requiri.

Capvt LXXXIV.

An renunciari poßit Conſtitutioni l. ſi vnquam, C. de reuoc. donat.

Celebris eſt controuerſia, vtrum l. ſi vnquam, C. de reuoc. don. poſſit renunciari. Sunt enim qui affirmant, ſunt qui negant. *vide Oldr. in conſ. 173. Ripa in Commentarijs ipſius legis, q. 51. Tiraquellum latißimè, in præfatione, num. 88. Nattam, in conſil. 125. & alios, quos citat Alphanus Collectaneo 264. & Mynſingerum centur. 5. obſeruat. 63.*

Affirmantis ſententiæ fundamentum eſt, quia vnuſquiſque iuri ſuo renunciare poteſt, *l. pen. C. de pactis.* cùm igitur in ipſius donantis fauorem conſtitutum ſit, vt ſi liberos ſuſceperit, donationem reuocare poſſit, nihil proponi poſſe videtur, cur non poſſit ſuo iure & fauore renunciare.

Fundamentum verò negantis ſententiæ illud eſt præcipuum, quòd ea conſtitutio edita fuerit non in fauorem tantum donantis, ſed etiam eius liberorum. Quamobrem illud ius liberis quæſitum, ac delatum, non debet, nec poteſt ei pater auferre, *l. quod de bonis, §. vltim. ff. de leg. Falcid. l. penultim. C. vt in poſſeß. legat. l. id quod noſtrum, de regul. iuris, l. cùm non ſolum, C. de bonis, quæ liberis.*

Pendet igitur hæc diſputatio ab hoc articulo, an videlicet fauore duntaxat donatoris, an verò etiam liberorum ſcripta ſit illa conſtitutio; & cum textus velit bona donata reuerti ad ipſum donatorem; nec vllam faciat liberorum mentionem, oritur coniectura, non fuiſſe habitam rationem iuris ipſorum liberorum, ſed patris duntaxat.

Huc accedat, quòd ſi iam nati ſint liberi, cùm pater donat, ipſis nullum competit ius reuocandæ donationis, niſi vſque ad debitum bonorum ſubſidium, querela ſcilicet, inofficioſæ donationis propoſita, *vt in l. 1. in l. ſi totas, & toto tit. C. de inoff. don.* Cur ergo poſſint poſteà nati reuocare ipſam donationem ope d. l. ſi vnquam, vbi pater ei legi renunciauit, ac proinde declarauit, ſe ratam habere velle donationem etiam liberis poſteà ſuſceptis?

Denique vera ratio legis eſt in coniectura pietatis, quoniam is, qui donauit, liberos non habens, minime donaturus fuiſſet, ſi de liberis cogitaſſet naſciturus, ne ſcilicet, propriæ ſoboli extraneos anteponeret, *l. cùm acutißimi, C. de fideicommiſſis, l. cum auus, ff. de condit. & demonſtr. l. 6. §. cùm autem, C. de inſtit. & ſubſtit.* Cùm ergo conſtat euidenter eum donare voluiſſe, etiam ſi liberos ſuſcepturus eſſet, ceſſat illa pietatis coniectura. Conſtat autem, vbi is, qui donat, beneficio legis renunciat. Hęc enim eſt donantis ſententia, vt non velit bona donata ad ſe reuerti, etiamſi liberos poſteà ſuſceperit.

Itaque ex his concludo affirmantem ſententiam iuri noſtro magis conſentaneam videri, cui ſententiæ adſtipulantem habeo nouiſſimè doctiſſimum virum Iacobum Cuiacium *lib. 20. Obſeruat. cap. 5.* & Rotæ Romanæ deciſionem præclaram, *in 1. parte, deciſionum nouißimè editarum, deciſ. 124.*

Capvt LXXXV.

Vtrum d. l. ſi vnquam, C. de reuocand. donat. locum habeat extra illam ſpeciem patroni donantis liberto.

Verba legis hæc ſunt: [*Si vnquam libertis patronus filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum, fuerit donatione largitus, & poſtea ſuſceperit liberos: totum, quicquid largitus fuerat, reuertatur in eiuſdem donatoris arbitrio ac ditione manſurum.*]

Hoc

Hoc in loco controuertitur, an ſi alius præter patronum libertis donantem, bona ſua extraneis donauerit, & poſtea liberos ſuſceperit, idem ſit reſpondendum. Controuerſiam latiſſimè tractat Tiraq. *in commentarijs d. l. in verbo Libertis*, & Ripa, *in q.* 1. Iſti autores citant, tum affirmantis tum negantis ſententiæ, vt minimè opus ſit à me referri.

Ego ſanè eorum ſententiam magis probo, qui legem extendunt ad alias perſonas, quàm in ea lege ſint expreſſę, quam quidem ſententiam probat etiam Cuiac. *lib.* 20. *Obſeruat. c.* 5. eod. argumento, quod & in alijs perſonis & caſibus ratio legis valet, quæ poſita eſt in coniectura pietatis, quia ſcilicet veriſimile eſt eum extraneo donaturum, non fuiſſe, ſi de liber. cogitaſſet, *l. cùm auus, ff. de cond. & demonſtr. l. generaliter. §. cùm autem, C. de inſtit. & ſubſtit.*

Nec contrariæ ſententiæ mouent argumenta, inde enim petuntur, quòd verba legis de patrono loquantur, non de alijs, ac proinde in alijs obtinere debeant aliæ leges, quibus ſancitum eſt, donationes reuocari non poſſe, cùm perfectæ ſunt. Præſertim quia videtur in liberto aliqua ſpecialis ratio ſuadere, vt bona donata non obtineat, ſi patrono donanti liberi naſcantur, propter ſummum libertatis collatæ beneficium, quo patrono & eius liberis, libertus eſt obſtrictus, & quia facilius reuocatur donatio liberto facta, *vt in l.* 1. *C. eodem tit.*

Reſpondeo, rationem legis inſpiciendam, non verba. Neque enim poſſunt omnes articuli legibus noſtris comprehendi, l. non poſſunt, ff. de legibus. Ratio autem legis locum habet in omnibus caſibus & perſonis. Nec illa ratio beneficij collatæ libertatis liberto quicquam valet, quia non ea nititur legis deciſio, ſed coniectura paternæ pietatis, ne ſuam videatur ſobolem alienæ prætuliſſe, & quia veriſimile non eſt eum, ſi de liberis cogitaſſet, donaturum fuiſſe.

* * *

CAPVT LXXXVI.

Vtrum l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat, vbi Eccleſiæ donatio facta eſt.

DIſputat fusè Tiraq. *in Commentarijs d. l. ſi vnquam, in verbo, Libertis, num.* 79. atque *ibid.* Ripa, *quæſt.* 49. an illa lex procedat etiam ſi donatio facta ſit Eccleſiæ, vt ſcilicet reuocetur natiuitate liberorum. Autores affirmantis & negantis ſententiæ commemorant, & argumenta.

Decidit hanc controuerſiam text. *in c. vltim.* 17. *q.* 4. vbi Canon ex D. Auguſtino, ſi locus eius eſt, (neque enim inter Auguſtini opera reperitur) ita dicit: [*Quam laudabile factum S. Aurelij Carthaginenſis Epiſcopi. Quidam enim cum filios non haberet, nec ſperaret, res ſuas omnes (retento ſibi vſufructu) donauit Eccleſiæ: nati ſunt ei filij, nec opinanti reddidit Epiſcopus ea, quæ donauerat, In poteſtate habebat Epiſcopus non reddere: ſed iure fori, non iure poli.*]

Sententia Canonis eſt, ſi iuris rigorem ſpectes, non reuocatur donatio Eccleſiæ facta. Primò, quia Conſtantini Imp. lex non ligat Eccleſiam.

Secundò, quia Eccleſiæ qui donat, videtur pro ſalute animæ donare, Deo enim donat, ſalus autem animæ filijs præferenda eſt. Sed quoniam Eccleſia cultrix eſt iuſtitiæ & æquitatis, ratione quadam naturali ac diuina edocta, non debet cum aliena iactura locupletari: non tam ergo donationem factam ponderat, quàm donantis mentem, qui cùm filios non haberet, nec ſperaret, donauit, nati verò poſtmodum ei ſunt filij nec opinanti; Cur igitur à bona filijs auferat, quæ forſan parens auferre noluiſſet, ſi eos habuiſſet, vel ſe habiturum ſperaſſet? Valeat rigor omnis, pręualeat ratio, æquitas, commiſeratio.

CAPVT LXXXVII.

An d. l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat cùm donans tempore donationis liberos habebat, ſi deinde alios ſuſcepit.

CONtrouertitur quoque: an ſi quis liberos habuerit, puta vnicum filium, vel filiam, & bona ſua, vel partem eorum extraneo donauerit, deinde alios ſuſceperit filios, an reuocetur donatio. Et multi reſponderunt reuocari; Multi ſecùs docuerunt. Aliqui diſtinctionem adhibendam cenſuerunt, Vtrùm filij iam nati odioſi eſſent, vel chari? *Vide Tiraquellum in Commentarijs d. l. ſi vnquam, in verbo, filios non habens. Ripam q. 6. Iacobum Cuiac. lib. 20. obſeru. c. 5.*

Qui affirmant, ea vtuntur coniectura, quod ſit eadem ratio hoc in caſu, quæ eſt, vbi donans nullos habuit filios donationis tempore. Nam donatio tunc eam ob cauſam reuocatur, quòd non ſperaret ſe liberos habiturum, nec veriſimile foret, eum donaturum, ſi ſe habiturum ſperaſſet. Hæc ratio locum habet, etiam quando vnicum habet filium, vel filiam. Nam extraneis non donaret, ſi ſe alios habiturum ſperaret.

Cæterùm qui negant, eo nituntur argumento, quòd veriſimile ſit donantem hoc caſu de liberis cogitaſſe; & eis tamen voluiſſe extraneum præferre: Si enim plus, quàm natum filium, dilexit donatarium, veriſimile etiam eſt eum præ naſcituris dilexiſſe.

Sed & dictiones ſuis nituntur rationibus.

Verùm in re clara, & legibus noſtris planè deciſa, tot coniecturis minimè opus eſſe exiſtimo. Audiamus legem de hac ſpecie ipſa; Pater filios habet natos, donat ipſis filijs (eadem eſt ratio ſi extraneis donauerit) poſteà naſcuntur alij; quid iuris? An non tota reuocatur donatio, an verò vſque ad legitimam tantum portionem? Diocletianus & Maximinianus in l. 5. C. de inoff. donat. [*Si totas facultates tuas per donationes vacuas feciſti, quas in emancipatos filios contuliſti, id, quod ad ſubmouendam inofficioſi teſtamenti querelam, non ingratis liberis relinqui neceſſe eſt; ex factis donationibus detractum, vt filij vel nepotes poſtea ex quocunque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum ſubſidium conſequantur, ad patrimonium tuum reuertetur.*

Igitur cùm quis donat nullos habens liberos, ſi poſteà naſcantur liberi, reuocatur donatio, ex coniectura pietatis, quia ſcilicet veriſimile non eſt, eum donaturum fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet: Hæc eſt deciſio l. ſi vnquam, Si verò liberos habens donauerit, reuocatur donatio non in totum, ſed pro legitima portione, non ex coniectura pietatis, ſed ex eo, quòd inofficioſa ſit donatio, & contra officium pietatis paternæ. Hæc eſt deciſ. d. l. 5. C. de inoff. donat. atque adeò propoſitæ huius controuerſiæ.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum d. l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum ſibi vendicet in re donata particulari, vel in parte bonorum modici momenti donata.

CVM lex dicat, [*Omnia bona, vel partem aliquam,*] oritur controuerſia, an de qualibet minima parte id accipiendum ſit, & de re etiam aliqua ſingulari donata. Tractant hanc quæſtionem Tiraq. *in Comment. d. l. ſi vnquam, in verbo, Omnia, vel partem aliquam,* & Ripa, *q. 7. & 8.*

Qui accipienda eſſe illa verba negant de qualibet parte, & de re particulari, eo vtuntur argumento, quòd appellatione partis, dimidia intelligatur, *l. nomen filiarum, §. portionis. ff. de verb. ſing.* & quòd ſi de qualibet parte, vel minima re ſenſiſſet, loqui voluiſſet, non dixiſſet, bona omnia, vel partem aliquam, ſed ſimpliciter ac vno verbo dixiſſet, aliquam rem.

Qui autem contrariæ ſent. ſunt autores, perpendunt illud verbum, aliquam, quod vel in minima parte verificari poteſt, *ex ſententia Gloſſ. in Clem. 1. verſ. Et earum parte, de foro compet. & præterea in l. generaliter, §. cùm autem. C. de inſtit. & ſubſtit. ad fin.*

Ego ſanè eorum ſententiam magis probo, qui hanc quæſtionem arbitrio Iudicis definiendam putant, vt ſcilicet omnibus circumſtantijs perpenſis, is exiſtimet, an veriſimile ſit donaturum fuiſſe rem, vel partem donatam, ſi de liberis cogitaſſet; Cui ſententiæ etiam adſtipulatur D. Menochius *de Arbit. Iudic. caſu 133.*

Capvt LXXXIX.

Vtrum l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat in donatione remuneratoria.

Commvnis eſt ſententia Doctorum, ſi remunerandi gratia donatum ſit, vel ob aliam cauſſam, quæ commodum reſpiciat donatoris, non eſſe locum conſtitutioni l. ſi vnquam, C. de reuoc. donat. *Vide Tiraquell. in comment. d. l. in verb. donat. largitus, in princ. & Ripam ibid. q. 13. & 14.*

Fundamentum verò eſt, quòd hæc non ſit propriè donatio ex liberalitate procedens, *iuxta l. 1. ff. de donat.* Sed potius mercedis præſtatio, *iuxta l. Attilius, ff. eodem tit.* & genus quoddam permutationis, *iuxta l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de petit. hered.* Ideò & irreuocabilis eſſe dicitur, *l. ſi pater. §. 1. ff. eodem tit.*

Cæterùm Cuiac. *lib. 20. Obſeruat. c. 5.* contrarium docet poſt Nicolaum Vallem, *de rebus dubijs, cap. 2.* aitque ſe ab hac lege non excipere donationem remunerandi gratia factam, quod & Nicolaus Valla probare videtur.

Nullum argumentum vidi, quo iſti moueantur, ſed tamen eorum ſententiam veriſſimam eſſe puto, quia plerumque donationes in eos conferuntur, qui beneficia contulerunt, vt ſi hanc eximas ab ea Conſtitutione donationem, quam certè Imperator non ademit, multum ſanè illi detrahas.

Deinde, quia donatio dicitur & illa, quæ remunerandi cauſa fit. Nam donari dicitur, quod nullo iure cogente datur, *l. donari, ff. de regul. iuris. & de donationib.* Nullo verò iure cogente datur ab eo, qui remunerandi gratia donat, licèt enim ad antidora eſſet obligatus naturali quadam ratione, cogi tamen iure non poterat, ideò videtur aliquam exerceri liberalitatem, *ſicuti optimè declarat Decius, in d. l. donari, de regul. iuris.*

Tertiò, quoniam ratio legis locum habet, etiam in ea donatione, quæ remunerandi cauſa fit, etſi enim benefacientibus benefacere teneamur, & hominem ab homine beneficio affici, plurimum interſit, maximumque ſit ingratitudinis peccatum, tamen ea res modum habet, occaſionem expectat, nec ſtatim exigit, vt benemerenti omnia bona donentur, vel magna pars eorum, quare neque etiam veriſimile eſt, donaturum fuiſſe, qui beneficium accepit omnia bona, vel maiorem partem, ſi de liberis cogitaſſet, quoniam non hæc paterna pietas & amor ſuadent.

Quòd ſi modici momenti donata res proponatur, & omninò id, quod veriſimiliter donatum fuiſſet, etſi liberos donans habuiſſet, vel de eis cogitaſſet, tunc ſententiam communem amplectendam putarem.

Alioqui eius me parum mouerent argumenta; quòd enim dicitur hanc non eſſe verè ac propriè donationem, nihil obſtat. Nam ſatis eſt donationem eſſe aliquo modo, verba mentemque legis eidem conuenire.

Quòd verò dicitur irreuocabilem eſſe, *ex l. ſi pater. §. 1.* tranſeat. Eſt enim æquum, vt qui liberatus fuit ab hoſtibus, & ob eam cauſſam aliquid donauit, illam donationem non reuocet. Nam etſi liberos habuiſſet, donaſſet, ac ſimiliter etſi de liberis cogitaſſet.

Alia eſt ratio eius, qui beneficio aliquo affectus, omnia ſua bona, vel eorum partem, liberos non habens donauerit, quæ ſanè veriſimiliter non erat donaturus, ſi de liberis cogitaſſet.

Atque ita perpendo in propoſita ſpecie non ipſorum meritorum, ob quæ donatur, æſtimationem, ſed donantis mentem, & id quod veriſimile eſt. Nam etſi quis maximum beneficium acceperit, quòd nec omnia bona ſua donando æquaret, non tamen eum puto ſua omnia bona, vel maiorem partem donaturum, ſi liberos habeat, vel de liberis cogitauerit, quia hæc à nobis non requirunt antidoralis obligationis & gratitudinis leges, Dura enim nimis, ne dicam iniuſta præciperent.

CAPVT XC.

Vtrum l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat, ſi nati ſint liberi, & ante parentem vita functi.

DONATIONEM factam reuocari ſuſceptis poſtea liberis, ait lex. Sed quid ſi liberi poſtea ſuſcepti viuo adhuc parente donatore moriantur, vtrùm donatio conualeſcat.

Non eſt eadem omnium ſententia, *Vide Ripam in Commentarÿs d. l. ſi vnquam. q. 38. & Tiraq. in verbo, ſuſceperit, num. 161.*

Affirmantium hoc in caſu donationem conualeſcere, duo ſunt potiſſimum argumenta. Vnum, quòd ſi moriantur filij, ſit perinde, ac ſi nati non eſſent, argumento ſumpto ex l. Poſthumus præteritus, ff. de iniuſto rup. & irr. teſtam. [*Poſthumus præteritus viuo teſtatore natus deceſſit, licèt iuris ſcrupuloſitate, nimiaq́ue ſubtilitate teſtamentum ruptum videatur, attamen ſi ſignatum fuerit teſtamentum, bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accipere hæres ſcriptus poteſt.*] Hactenus ibi I.C.

Alterum eſt argumentum, quòd cùm nati filij moriuntur ante donatorem, ceſſare omnis ratio videatur, ob quam aliàs donatio reuocatur. illa nempè, quòd nequaquam ſit veriſimile donaturum fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet. Etenim ſi cogitaſſet liberos ſtatim ante ſe morituros, à donando veriſimiliter non abſtinuiſſet.

Negantis autem ſententiæ illud eſt primum argumentum, quòd illa donatio vt valeat, videtur habere quandam tacitam conditionem, ſi liberos donans non ſuſceperit, vt patet, Atqui hæc conditio, natis liberis confeſtim deficit, licèt filij poſteà moriantur, *l. filiusfam. §. cùm quis, de leg. 1. l. heredibus, ff. ad Trebell.*

Alterum eſt argumentum, quòd res ſemel extincta, amplius non reuiuiſcat, *l. qui res. §. aream, ff. de ſolut.* ſed natis liberis extincta eſt donatio, quia dicit text. [*Si poſteà ſuſceperit liberos, totum, quidquid largitus fuerat, reuertatur in ipſius donatoris arbitrio, ac ditione manſurum.*]

Cæterùm, vt hanc poſteriorem ſententiam amplectar, inclinat animus. Nam ſi natis liberis donatio effectum non habet, & res donatæ ad ipſum donantem reuertuntur, iam ſunt ipſius donatoris propriæ effectæ; ergo requiritur noua donatio, vt ad donatarium rurſus deueniat, neque enim in ſuſpenſo eſſe poteſt rei donatæ dominium, atque adeo ipſa donatio, pendereq́ue à vita, vel morte liberorum ſuſceptorum poteſt.

Lex dicit bona reuerti ad ipſum donatorem liberis ſuſceptis, ijs ergo mortuis liberis, liberam rurſus donandi poteſtatem habet, nobis verò non eſt liberum, ſubtili quadam interpretatione, donationes nouas inducere.

Argumenta non obſtant, quia illud facit æquitas Prætoria contra iuris rationem, vt teſtamentum ſuſtineatur, *l. 2. & 3. C. de poſthumis hæredib. inſtit.* quæ quidem Prætoris æquitas hic non militat, neque enim illam nobis ſuppeditant aliquæ leges, aut rei ſimilitudo, affinitasq́ue.

Alterum autem argumentum valet ad perſuadendum, vt mortuis liberis iterum donaturum credamus parentem; non vt ei liberam ſuarum rerum poteſtatem auferamus: is ſcilicet, iam dominus effectus pœnitere poteſt, & vel alijs bona donare, vel in pauperes erogare, vel ab inteſtato venientibus relinquere.

CAPVT XCI.

Ad materiam & interpretationem l. vltim. C. de nouat. vtrùm in caſibus, in quibus olim fiebat ipſo iure nouatio, nunc ope exceptionis fiat.

ETSI diſertè Iuſtin. ſtatuit, nouationem non fieri, niſi exprimatur, & id agatur, vt fiat nouatio, *l. vltim. C. de nouat.* tamen Gloſſ. *in expoſitione illius legis, & in l. 2. ff. eodem tit. & alibi.* ope exceptionis induci exiſtimauit, ita videlicet, vt non amplius ipſo iure ex mutatione perſonæ, & ex alijs cauſis, ſicut olim, inducatur, atque id ipſum Imperator conſtituerit *in d. l. vlt.* Veruntamen exceptionis ope fiat & inducatur.

Accurſium ſecuti ſunt multi, *quos commemorant*

morant Gabriel. commun. concluſ. tit. de nouationib. concl. 1. num. 53. Maſcard. de probationib. vol. 2. concl. 1111. num. 6. & D. Menoch. de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 134. num. 46.

Fundamentum verò eſt in l. penult. ff. de prætorijs ſtipul. Vlpian. [*Si Præſes, qui autem triennium caueri iuſſerat, poſteà in longum tempus caueri præceperit, quia à prima ſtipulatione prorſus diſcedi voluerit, exceptionem primæ ſtipulationis obligatis peperiſſe videtur.*]

Verùm iſtis nihil morantibus, contraria ſententia verior eſt, quam amplexi fuere alij quàm plurimi *à Gabrielio, Maſcardo & D. Menochio citati, locis proximè allatis, quibus addo Andream Gaill, lib. 2. obſ. 30.*

Probatur euidenter ex verbis ipſius legis vltimæ, C. de nouatio. Sic enim ait Iuſtinianus: [*Nouationum nocentia corrigentes volumina, & veteris iuris ambiguitates reſecantes, ſancimus, ſi quis vel aliam perſonam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam eſſe crediderit, vel conditionem, ſeu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem.* (Cujacius legit iuniorem lib. 19. obſeruat. c. 36.) *acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes, nihil penitus prioris cautelæ innouari, ſed anteriora ſtare, & poſteriora incrementum illis accedere, niſi ipſi ſpecialiter remiſerint quidem priorem obligationem, & hoc expreſſerint, quòd ſecundam magis pro anterioribus elegerint, &c.*]

Quis iam dicere audeat ope exceptionis nouationem induci: Si recipiatur illa expoſitio, quis affirmare audeat, nocentia nouationum volumina eſſe correcta, & difficultates ſublatas? Effectu enim nouatio, vt olim induceretur, aduerſus edictum Iuſtiniani, quia nihil intereſt ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil intereſt, de reg. iur.*

Illud autem argumentum ex l. pen. ff. de prætorijs ſtipulatio. infirmius eſt, quàm vt confutatione indigeat. Nam ex iure veteri deſumitur, quod iam ſublatum eſt. Et ſecunda ſtipulatio non poterat in ea ſpecie conſiſtere ſimul cum prima, cùm maiorem dilationem concederet, quàm prima, *vt declarat ibid. Caſtr. num. 2.*

Caput XCII.

Vtrum ex coniecturis nouatio inducatur.

CONTROVERTITVR etiam inter Doctores: vtrum ex probabilibus argumentis & coniecturis nouatio inducatur, licèt partes contrahentes non expreſſerint, *vt videre eſt ex Gabr. commun. concluſ. tit. de nouat. concl. 1. num. 57. & 58. Maſcardo de probationib. vol. 2. concl. 1111. num. 19. & D. Menoch. de præſumpt. lib. 3. c. 134. num. 34.*

Et negantium fundamentum eſt in illis verbis d. l. vltim. C. de Nouatio. [*Nihil penitus prioris cautelæ innouari, ſed anteriora ſtare, & poſteriora incrementum illis accedere, niſi ipſi ſpecialiter remiſerint quidem priorem obligationem, & hoc expreſſerint, quod ſecundum magis pro anterioribus elegerint, &c.*] Et paulò poſt. [*Etſi non verbis exprimatur, vt ſine nouatione cauſa procedat.*]

Quibus tamen nil morantibus, contrariam ſententiam communiorem & veriorem eſſe iudico, eam ſecuti ſunt quamplurimi *à Gabrielio, Maſcardo & Menochio citati locis annotatis, & præterea Andr. Gaill, qui teſtatur in camera Imperiali ita ſeruari, lib. 2. obſeruat. 30. & Rota Romana nouiſſimè deciſ. 562. in prima nouiſſimarum deciſionum.*

Fundamentum eſt ſolidum, quia licèt hoc velit Iuſtinianus *in d. l. vltim.* vt nouatiò non inducatur, niſi expreſsè dixerint contrahentes ſe nouaſſe, tamen ſubdit textus: [*Et generaliter definimus, voluntate ſolùm eſſe, & non lege nouandum;*] Voluntas autem ex certis & probabilibus coniecturis elicitur, vt ſi dicam, loco decem aureorum, quos mihi debes, promittis viginti? Certè poſterius hoc pactum priori derogat, alias repugnantia induceretur, quis ergo dixerit nouationem hac in ſpecie non induci, licèt aliud non fuerit expreſſum? Si centum mihi debeat ex cauſſa depoſiti, & conueniat, vt ex cauſſa mutui promittat, quis non dixerit eſſe nouationem? Fierine poteſt vt ſimul debeas ex depoſito & mutuo? Planè ſi tales ſpecies proponantur, in qui-

bus planè voluntatis coniectura nouatio inducatur, non dubitauerim affirmare eam induci.

His reſponſum patet ad priora verba l. vlt. Quid enim refert verbis ipſa voluntas declaretur, an verò re ipſa & factis? *l. de quibus ff. de legib. l. Paul. ff. rem ratam haberi.*

CAPVT XCIII.

Vtrum principalis ſtipulatio nouetur ex ſubſequente ſtipulatione pœnali.

PERTINET ad interpretationem eiuſdem l. vltim. *C. de nouatio.* illa controuerſia; an in caſibus, in quibus olim ex pœnali ſtipulatione nouatio fiebat, *vt in l. obligationum, 43. in fin. ff. de actio. & oblig. in l. ita ſtipulatus, 15. ff. de verb. oblig. & alibi etiam hodie fiat.*

Et aſſerunt multi, multi negant. *Vide Gabriel. Commun. concluſ. tit. de Nouationibus concluſ. 1. num. 67.*

Aſſerentes, ita legem Iuſtiniani interpretantur, vt accipienda ſit de ſtipulatione rei principalis, nulla enim fit mentio pœnalis ſtipulationis. Itaque ſententia legis erit, principalem ipſam obligationem, niſi expreſsè id agatur, nequaquam nouari.

Sed repugnant, niſi fallor, verba illa generalia l. vltim. C. de Nouatio. [*Vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes, &c.*] Ex pœnali autem ſtipulatione in certis caſibus nouationes introducebant veteris iuris conditores, *vt patet ex legibus citatis.* Igitur & illas leges Imperator correxit, atque omninò ſtatuit, vt non inducatur nouatio, niſi expreſsè id agatur.

Quare negantium ſententiæ me lubens ſocium adſcripſerim.

CAPVT XCIV.

Vtrum is, qui ceſſit creditori ſuo actiones aduerſus debitorem, poſsit ipſum debitorem ceſſum liberare, ſi debitor ipſe ceſsionem factam non ignoret, non tamen aliquod ex tribus interuenerit, de quibus in l. 3. C. de nouat.

IMperator Gordianus *in l. 3. C. de nouat.* ita ſcribit. [*Si delegatio non eſt interpoſita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanſerunt, quamuis creditori tuo aduerſus eum, ſolutionis cauſa mandaueris actiones, tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, &c.*]

Animaduerti controuerſiam inter Conſilium Neapolitanum *apud Afflictum deciſ.* 335. & Senatum Pedemontanum *apud Oſaſcum deciſ.* 44. Afflictus enim refert deciſionem, qua concluſum & definitum eſt; cedentem actiones contra debitorem ſuum, poſſe cum ipſo debitore tranſigere, & eum etiam alij cedere; licèt ipſe debitor ceſſus non ignoret ceſſionem factam, ſi vnum ex tribus non interuenerit; de quibus in lege ſuprà recitata.

Et fundamentum eſt in illis verbis legis. [*Tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris.*]

Sed contrarium decidit Senatus Pedemontanus, cuius fundamentum eſt in l. vlt. ff. de Tranſact. [*Venditor hereditatis* (inquit Papinianus) *emptori mandatis actionibus, cùm debitore hereditario, qui ignorabat venditam eſſe hereditatem, tranſegit; Si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio tranſacti negotij debitori propter ignorantiam ſuam accommodanda eſt, &c.*]

Hic ignorantia facit, vt exceptio detur, ergo ſcientia contrarium efficiet.

Et ſanè hæc ſententia longè æquior & probabilior eſt. Iuuatur enim Regula illa iuris notiſſima, Eum, qui certus eſt, vlteriùs certiorari non oportet, *c. eum qui certus, de reg. iur. lib. 6. l. ff. de act. empt.* Si ergo debitor ceſſus non ignoret ceſſionem factam, in mala fide verſatur, ſi vel concedente tranſigat, vel ei ſoluat, aut alij ceſſionario.

Certum eſt, ſi fuiſſet ei denunciata ceſſio, non potuiſſe tranſigere, nec ſoluere, *vt in text.* Eſt igitur perinde iudicandum, cùm ipſe iam ſcit ceſſionem factam, quia certus non eſt certiorandus.

Capvt XCV.

Vtrum iuramentum conſtituat debitorem in mora abſque interpellatione.

IVramentum in mora conſtituere debitorem abſque interpellatione, autores ſunt Imola, Io. Andr. Abbas, & Butr. *in c. brem, de iureiur. Specul. tit. de Aduocatis, §. 1. ver. ſed nunquid is, qui iurauit, & alij à Gabriele citati commun. concluſ. tit. de iureiur. concluſ. 2. Adde Seraphinum Senenſem de priuil. iuramenti, priuileg 37.*

Fundamentum eſt in ipſo iuramenti vinculo, quod ſanè ita iurantem obligare videtur, vt illud ſeruet, & creditori ſuo omninò ſatisfaciat, cùm primum nouerit illum indigere ſua pecunia.

Contrarium docuerunt Alex. *in l. quod te, col. 4. ff. ſi cer. pet. & ibid.* Bolog. *num. 61. Aret. in l. ſi ſeruus communis, in fin. ff. de vulg. Soc. ſen. in l. 2. §. vlt. num. 21. ff. ſol. matr. Bauerius in tract. de Mora, in 2. parte verſ. Duodecimò fallit, num. 21.*

Fundamentum eſt: quia nullo Iure Ciuili vel Canonico id cautum reperitur, & iuramentum ſolet alioqui eam interpretationem ſuſcipere, quam principalis actus ſuper quo interponitur, *l. vltim. C. de non numerata pecun.* Quamobrem, cum legibus ita ſit conſtitutum, vt mora committatur, ſi debitor fuerit ad ſoluendum interpellatus, *l. mora. ff. de vſuris.* ſequitur idem eſſe ſtatuendum, licèt obligationi iuramentum acceſſerit.

Et hanc ſententiam ſequor. Ad argumentum reſpondeo, eum, qui iurauit, peccare, ſi non ſeruet iuramentum arctiorique vinculo teneri, quàm ſi ſimpliciter promiſerit; ſed non infertur eum ita teneri, vt contra Iuris Regulas moram incurrere dicatur, licèt interpellatus non fuerit.

Capvt XCVI.

Si ex lege Municipali inſtrumenta contra debitores executionem habeant, quid aduerſus eum debitorem ſtatuendum ſit, qui factum promiſit, nec illud praeſtat, vtrum pro eo, quod creditoris intereſt, executionis ſit locus.

EXecutionem eſſe concedendam reſpondit Ludouicus Romanus *ad l. certi condict. ff. ſi cert. pet. refert & ſequitur Alciatus, ibid. num. 11.*

Fundamentum eſt: quia ſicut executio datur pro eo, quod in inſtrumento expreſſum eſt, ita etiam concedenda videtur pro eo, quod intereſt, quia iuris interpretatione videtur eſſe comprehenſum in inſtrumento. Cùm enim factum non praeſtatur, oritur obligatio ad id, quod actoris intereſt.

Sed contraria ſententia communior eſt & verior, quam amplexi fuêre Antonius Butrius, Imolenſ. *in c. tranſlato, de conſtit. & Decius, in d. l. certi condictio, num. 9.* Ratio eſt: quia obligatio ad id, quod intereſt, in inſtrumento non continetur, lex verò municipalis executionem concedit iis, quae in inſtrumento continentur.

Nec obſtat id, quod dicitur ex iuris interpretatione oriri ad id, quod intereſt, obligationem, quia concedi poteſt, ſed non inde ſequitur, ipſam obligationem ad id, quod intereſt, iuris interpretatione videri comprehenſam in inſtrumento.

Igitur quod in inſtrumento comprehenſum eſt, executionem habebit ex lege Municipal. Quod verò extra inſtrumentum eſt, oriens ex legum ipſarum praeceptionibus ſecundùm legum tenorem & formam adimplebitur.

Capvt XCVII.

Vtrum Emphyteuta donare poſſit ius ſuum Emphyteuticum conſenſu domini non requiſito.

EMphyteutam conſenſu domini non requiſito donare poſſe ius Emphyteuticum quod habet, autores ſunt multi ex antiquis Doctorib. *quos Iaſon citat, in l. 3. num. 54. C. de iure Emphyt. Clarus, in §. Emphyteuſis, quaeſt. 15. Aurelius Corbulus, de iure Emphyteutico, c. 14. limitatione 13.*

Fundamentum eſt: quia cur domini conſenſus requiratur Emphyteuta alienare volente, illa eſt ratio, quod dominus ipſe

ipſe ius Emphyteutæ poteſt emere eo pretio, quod ab alio offertur; Hæc ratio ceſſat Emphyteuta donare volente ius Emphyteuticum, vt patet.

Contrarium reſponderunt Bartolus, & alij multi, *quos Iaſon, Clarus, & Corbulus commemorant*, quibus & ipſe aſſentior, autoritate textus, *in l. 3. C. de iure Emphyt.* in illis verbis: [*Minime licere Emphyteutæ ſine conſenſu domini meliorationes ſuas alijs vendere, vel ius Emphyteuticum transferre.*]

Illud verbum, (*transferre*) includit etiam donationem, quia per eam ius Emphyteuticum transfertur in donatarium.

Et licèt in venditione ita ſit conſtitutum, vt atteſtatio domino tranſmittatur, & prædicatur ei, quantum pretium ab alio offeratur, etſi quidem dominus hoc dare maluerit, & tantum præſtare quantitatem, quantam ipſe reuerà Emphyteuta ab alio recipere poteſt, ipſe dominus emere poſſit, alioqui duorum menſium ſpatio elapſo ſi noluerit emere liceat Emphyteutæ vendere, *vt latè habetur in d. l. 3.* Tamen non hinc inferri poteſt, conſenſum domini requirendum non eſſe, ſi Emphyteuta velit ius Emphyteuticum donando transferre. Si enim vendatur ius Emphyteuticum: lex concedit domino emere volenti prælationem, ſi verò aliter in alium transferatur, ob alias cauſas, vt ſcilicet intelligat, quis nouus ſit Emphyteuta, & antequam ei poſſeſſionem concedat, & eum inueſtiat, de re Emphyteutica prouidere poſſit, vt non ſolum laudemium, ſeu quinquageſima præſtetur, ſed etiam annus ipſe canon Emphyteuticus. Si hæc non fuerint ſeruata, nulla eſt lex, nulla ratio, quæ dominum compellat ad nouum Emphyteutam ſuſcipiendum ac inueſtiendum. Sic enim ait text. in d. l. 3. [*Neceſſitatem habere dominos, ſi alijs meliorati ſecundùm præfatum modum vendita ſit accipere Emphyteutam.* Ergo ſi non ſecundùm præfatum modum Emphyteuta ius ſuum in alium transferat, dominus non tenetur ſuſcipere nouum Emphyteutam, Modus verò eſt, vt domini conſenſus requiratur, vt in principio legis habetur.

Capvt XCVIII.

Vtrum bona Emphyteutica veniant in generali bonorum obligatione.

BONA Emphyteutica in generali bonorum obligatione nequaquam comprehendi autores ſunt Alexander *in conſ. 41. lib. 1.* Auguſtinus Berous, *in conſil. 127. num. 12. lib. 1.* & alij *à Gabrielio citati Commu. concluſ. tit. de verb. ſign. Concl. 12. num. 20.*

Quorum fundamentum præcipuum animaduerti poſitum eſſe in c. 1. §. in generali, tit. *ſi de feudo defuncti fuerit contentio inter dominum & agnatos.* Sed cùm textus ille non loquatur de obligatione, verùm de alienatione, ſic enim ait: [*In generali alienatione vaſalli non continetur feudum, niſi nominatim dictum ſit.*] non video, illud ſatis firmitatis habere.

Quare in contrariam ſententiam faciliùs deſcendo, *quam ſecuti ſunt Bartol. in l. ſi conſtante, num. 73. ff. ſol. matr. Ripa, in l. 1. num. 10. ff. Pign. Neguzant. de Pignorib. in 2. membro, 2. parte, num. 28. alios citat Gabrielius loco ſuprà annotato, num. 17. Andr. Gaill, lib. 2. obſeru. 25. num. 6.*

Et fundamentum eſt ſolidiùs: quia ius Emphyteuticum obligari poteſt, nemo id negat, nulla lex prohibet, neque enim obligatione in alium transfertur, ſed remanet penes ipſum Emphyteutam, imò lex permittit, *argum. l. tutor. § vltim. ff. de pig. act. l. lex vectigali ff. eodem.* Ergo in obligatione generali continetur, quia illa comprehendit omnia ijs exceptis, quæ quis veriſimiliter non eſſet in ſpecie obligaturus, *l. obligatione generali. ff. de pignorib.* vt puta ſuppellex, veſtis, item alia, de quibus ibi.

Capvt XCIX.

Vtrum mulier in dote præferatur in omnibus creditoribus expreſſam & anteriorem hypothecam habentibus.

VVlgaris controuerſia eſt ab omnibus tractata Interpretibus, qui Commentaria ſcripſerunt in l. 1. ff. ſolut. matr. *Neguzant.*

uant. de Pignor. 4. membro, 2. partis, num. 100. Andr. Gaill, lib. 2. obſ. 25. num. 10. & Mynſinger. Cent. 4. obſ. 13. & alij multi, quos cõſulto prætereo.

Omnis verò difficultas poſita eſt in §. Aſſiduis, C. *qui potiores in pignoribus habeantur.* Nam qui negant mulierem præferri creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam habentibus illis nituntur verbis d. l. Aſſiduis. [*Sancimus ex ſtipulatu actionẽ, quam mulieribus tam pro dote reſtituenda dedimus, quiquẽ etiam tacitam donauimus ineſſe hypothecã, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, &c.*] Videtur enim Iuſtin. loqui de muliere ex ſtipulatu agente, & tacitam hypothecam habente legale, ſcil. ab ipſo introductam. Talis hypothe. mulieris tacita præfertur anteriori hypothec. tacitæ, ſimiliter & legali.

Nec à ratione id alienum eſt. Licèt enim prior tempore, iure potior eſſe debeat, ſecundùm Iuris Regulas, tamen lex hypoth. introducens, tam pro muliere, quàm pro alijs quibuſdam creditoribus, ita eam moderari potuit, vt priuilegium prælationis doti concederet; eas ob cauſſas, quæ explicantur in text.

Cæterùm, non æquè iuſtum fuerit, expreſſam ex ſtipulatione creditoribus quæſitam hypothecam, non ipſius legis auxilio & tempore priorem, dotis hypothecæ poſteriori poſtponere. Cætera, quæ adferuntur argum. leuiora ſunt.

Veruntamen, ſi cõtextum ipſius legis inſpiciamus, ſi verba perpendamus clara, generalia, aperta, ſi rationẽ legis ſpectemus, facilè in contrariam ſententiam deſcendemus. [*Aſsiduis additionibus mulierum inquietati ſumus* (ait Imperator) *per quas ſuas dotes deperditas eſſe legebant, & ab anterioribus creditoribus ſubſtantias maritorũ detentas. Nos itaque ad antiquas leges reſpeximus, in perſonalibus actionibus rei vxoriæ actioni (quam in præſenti ſuſtulimus) magnã prærogatiuam præſtantes, vt contra omnes penè perſonales actiones habeant priuilegia, vt creditores alios antecedãt, licèt fuerint anteriores. Et hoc cum in perſonalibus ſtatuerunt actionibus, ſi hypothecã reſpiciebant, illicò iuſtitiæ rigorem relaxabant: & ſenioribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, ſi habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem reſpicientes: nec quod & corpore, & ſubſtantia, & omni vita ſua maritus fungitur: Cum penè mulieribus tota ſubſtantia in dote conſtituta ſit. Oportebat enim diſponi maritos creditorib. ſuis ex ſua ſubſtantia ſatisfacere, non de dote mulieris, quam ad ſuos victus, ſuaſquẽ alimonias mulier poſſidet, vel à ſemetipſa datam vel pro ea ab alio.*]

His verbis clarè detegitur Iuſtiniani ſententia præferre volentis mulierem omnibus creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, licèt ſecùs olim eſſet conſtitutum. De hypothecis generaliter mentionem facit, non de tacitis duntaxat.

Rationẽ adfert ex mulieris fragilitate petitam, & ex æquitàte, vt ſcil. dotem habeat, ex qua ſe alere poſſit. Hæc ratio locũ habet tam in hypot. tacitis, quam etiam expreſſis.

Pergit Imperator. [*Ad hæc omnia reſpicientes, & reminiſcẽtes, quod & alias duas Cõſtitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus ſubuenientes, & hæc omnia in vnum colligẽtes, ſancimus ex ſtipulatu actionẽ, quam mulierib. tam pro dote reſtituenda dedimus, cuiq; etiã tacitã donauimus ineſſe hypot. potiora iura contra oẽs habere mariti creditores licèt anterioris ſint temporis priuilegio vallati.*]

His verbis non loquitur Imper. de tacita mulieris hypotheca, eam ſcil. tacitis creditorũ hypothecis præferendo, ſed de actione ex ſtipulatu, quã ſtatuit præferendã omnibus mariti creditoribus. Illa enim verba (*Cuiq; etiam tacitã donauimus ineſſe hypothecã*) appoſita ſunt ad cõmemorãdũ illud beneficium hypothecæ tacitæ, nõ verò ad ipſum prælationis beneficiũ ita reſtringendum, vt locũ habent in actione duntaxat ex ſtipulatu, quę tacitã habent hypothecam, quaſi ſecùs, ſi expreſſam habeat, quia tunc ex ſtipulatu actio cum expreſſa hypotheca, nõ eſſet præferenda creditoribus, quod eſt abſurdũ & alienum prorſus à Iuſtiniani ſententia.

Sequitur in textu. [*Cum enim in perſonalibus actionibus, ſecundum quod diximus, tali priuilegio vtebatur res vxoria; quapropter non in hypot. hoc mulieri etiã nunc indulgemus beneficiũ, &c.*] Rationẽ ſubdit. [*Quis enim earũ non miſereatur?*]

Concludit tandem: [*Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo conſummauimus; & ſiue liberos habeat mulier, ſiue ab initio non habeat, ſiue progenitos amiſit, hoc ei beneficium indulgemus.*]

Iam patet hypothecis mulieris hoc eſſe conceſſum beneficium, vt præferantur alijs anterioribus. Non loquitur Imperator de tacitis hypothecis tantùm ipſius mulieris, ſed de hypothecis generaliter: Quod ſi de tacitis id ſtatuit, cur non etiam de expreſſis idem ſit iudicium? Hic brocardicæ regulæ decantantur. Non ex identitate rationis (ita enim loquimur) licet argumentari, cùm exinde leges corriguntur.

Sed quæ ſunt leges, quæ hic corrigantur? Non corrigit antiquas leges, ſed ſupplet Iuſtinianus. *Quod antiquitas*, inquit, *dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo conſummauimus.*

Prætereà dum loquitur de hypothecis creditorum, generaliter loquitur, & ſic tam de tacitis, quàm expreſſis.

Oportet igitur ita legem interpretari, vt velit mulierem tacitam hypothecam habentem, præferendam eſſe creditorib. habentibus tacitam anteriorem, vel etiam expreſſam, ſed mulierem habentem expreſſam non præferri habentibus tacitam anteriorem: quòd ſi non bona eſt interpretatio, vt patet, nec vera etiam illorum ſententia eſſe poteſt, qui tacitam hypothecam ab expreſſa diſtinguentes, nouam potiùs, & contrariam legem condere nituntur.

Capvt C.

Vtrum creditoribus, quibus bona ſunt obligata, liceat offerre dotem in pecunia vxori, hypotheca nomine res poßidenti, eo caſu, quo matrimonium diſſolutum non eſt, ſed vir vergit ad inopiam.

Nobilis eſt controuerſia, ſi res ſibi pro dote obligatas mulier poſſidere velit, & detinere, marito iam ad inopiam vergente, creditores autem poſteriores offerãt ei dotem, an teneatur pecunia accepta, bona ipſis creditoribus relinquere? Eſt, inquam, controuerſia celebris, & pertractata à noſtris Doctorib. & præſertim apud Olaſcum *deciſ. Pedem.* 135. And. Gaill, *lib. 2. obſ.* 92.

Omnis autẽ difficultas eſt in eo poſita, quod ſecundùm Iuris Regulas creditor poſterior auocare poteſt à priore pignus, ſi ei pecuniam debitam offerre paratus ſit, *l. potior.* §. *vltim. ff. qui potiores in pign. hab. l. 1. C. ſi antiquior cred. pign. vendiderit.* Et quod magis vrget, ius offerendi competit creditoribus, etiam ſi de dote ſol. matr. repetenda agatur, velitq́; ipſa vxor bona retinere ſibi pro dote obligata, *vt hab. in l. cùm tibi. C. qui pot. in pig. hab.*

His autem repugnare videtur tex. *in l. vbi adhuc. C. de iure dotium.* cuius hæc ſunt verba: [*Vbi adhuc matrimonio cõſtituto maritus ad inopiam ſit deductus, & mulier ſibi proſpicere velit, reſq́ue ſibi ſuppoſitas pro dote, & ante nuptias donatione, rebuſque extra dotem conſtitutis tenere: nõ tantùm mariti res ei tenenti, & ſuper his ad iudiciũ vocata, exceptionis præſidium ad expellẽdum ab hypotheca ſecundum creditorem præſtamus, ſed etiam ſi ipſa contra detentatores. &c. nõ obeſſe ei matrimonium adhuc cõſtitutum ſancimus, ſed ita eam poſſe res eaſdẽ vẽdicare, &c. vt potuiſſet, &c. Ita tamẽ vt eadẽ mulier nullam habeat licẽtiam eas res alienãdi, viuente marito, & matrimonio inter eos cõſtituto: Sed fructib. earũ ad ſuſtentationẽ tam ſui, quàm mariti, filiorũq; ſi quos habet abutatur, creditoribus, ſcilicet, mariti contra eũ, eiusq; res, ſi quas poſtea fortè acquiſierit, integra ſua iura habentibus.*]

Hunc textum ita perpendunt multi Doctores, vt ex eo colligant intereſſe plurimum mulieris, vt bona viri retineat, quibus ſe, & filios ſuſtetare poſſit, ac etiam virum, quare illa non tenetur creditoribus relinquere, offerentibus dotẽ in quantitate. Neque verò marito ad inopiam vergente propriè locus eſt actioni de dote, ſed in tuto potiùs collocatur, & ideo ius offerendi dotem creditoribus non competere, crebrior videtur eſſe ſententia, præſertim, cùm agatur de fauore dotis, cuius cauſa ſemper, & vbique præcipua eſt, *l. 1. ff. ſolut. matrimon.*

Ego verò contrariã ſententiã ſequentib. me lubens ſocium adſcripſerim, quoniam magis mouet generalis Regula, quæ poſteriori creditori cõcedit pign. auocationem.

Item, quòd & in dote idem ſit receptum, vbi ſol. matr. dos repetitur. Et tamen idem propè fauor mulieris, & filiorum eo etiam in caſu conſiderari poteſt, qui perpenditur in præſenti.

Sed quod caput eſt ipſa æquitas iuſtitiæque ratio me magis mouet. Nam cur liceat mulieri pro dote, exempli gratia, mille au-

reorum

creditorum omnia bona mariti detinere, æſtimationis fortè maioris? Hic agitur de præiudicio creditorum, qui iure ſuo fraudantur. Vxor retinet plus debito, omnia ſcilicet bona occupat prætextu ſuæ dotis, quod ſanè iniquum videtur.

Neque verò ab hac ſententia me deterret, q̃ cõſtitutum eſt *in d. l. vbi adhuc. C. de iure dot.* Etenim nõ ibi negat Imperator ius offerẽdi creditoribus competere. Nullam eius rei facit prorſus mentionẽ. At dicit, licere mulieri bona retinere ad ſui vſum, & ſuſtentationem: quidni? Nonne fieri poteſt, & ſępè accidit, cùm ad inopiam quis vergit, & facultatibus incipit labi, vt non poſſideat bona tanta, quæ ſufficiant, & mulieri, & creditoribus, ſed vix vni mulieri? In ea ſpecie nullus creditorũ offerret. Et hanc ſpeciem, vt ipſe opin. proponere Iuſtin. voluit.

Sed fac etiam omnem aliam ſpeciem cõmemorare, in qua bona ſint omnibus ſuffectura, Negatne locum eſſe iuri offerendi? Certè huius rei non meminit, ac proinde alijs legibus, ac regulis id definiendum eſt, quæ offerendi iuri cùm faueant, mihi magis ſequendæ videntur, quàm opiniones, & placita aliorum.

Capvt CI.

Poſſitne vidua vſuras dotis petere ab hæredibus viri ſui defuncti, moram committentibus in reſtituenda dote.

Exiſtimo viduam rectè vſuras petere dotis ab hæredibus viri ſui moram cõmittentibus in reddenda dote.

Primum, quia in bonæ fidei iudicijs vſuræ poſt moram veniunt, *l. mora.* §. *in bonæ fidei. ff. de vſuris.* Actio autem de dote eſt bonę fidei, *l. vnica.* §. *ſed & ſi, C. de rei vxor. actio.*

Secundò, *ex d. l. vnica.* §. *exactio*, in illis verbis: [*Sin autem ſuperſederit res mobiles, &c. reſtituere etiam vſuras æſtimat. omnium rerum, &c. et. marit. præſtet.*]

Eadem enim ratio eſt in hærede mariti ſoluto matrimonio morte eius, ſicut cùm per diuortium diſſolutum eſt, de quo loquitur ibi Iuſtinianus.

Tertiò, quia dos datur, vt deſeruiat oneribus matrimonij, *l. pro onerib. C. de iure dot.* quare obligationi dotis tacita hæc conditio ineſſe videtur, vt ex ea tantum percipiatur emolumenti, quo matrimonij onera ſuſtineri poſſint. Sicut ergo viro debetur vſura, ſi dos ei nõ ſoluatur, c. ſalubriter, de vſuris, ita & mulieri ſol. matr. debentur, quod eſt argum. grauiſſimi Doctoris Nauarri *in Comment. ad c. ſi fœneraueris, 14. q. 13. num. 67.*

Quartò, quia ſic conſtitutum eſt multis in locis Statutis Municipalibus, & conſuetudine id receptum videtur, vt vſuræ dotis etiam viduis præſtentur, quibus mora fit in dote ipſa reddenda.

Quintò, id maximè puto recipiendum in locis, in quibus ſi quis paratam pecuniam habeat, facilè inuenire poteſt cenſuum venditores, vel aliam honeſtam opportunitatem pecuniæ collocandæ. Videtur enim tunc vſura ſolui ob lucrum ceſſans, & damnum emergens, quod omni iure permiſſum eſſe inter omnes conſtat.

Atque ita docuerunt Cynus, poſt Dynum, *quem citat in d. l. vnic.* §. *exactio. Nauarrus loco proximè citatò, Panor. cõſ. 39. li. 2. Grammat. deciſ. 103. nu. 93. Iaſ. conſ. 92. lib. 1. alios citat Lupus, ad l. Curabit, Cõment. 1.* §. *4. nu. 84. licèt ipſe contrariam ſententiam amplectatur. In candẽ ſententiam inclinat Ant. Teſſaurus deciſ. Pedem. 42.*

Contrarium docuerunt Bar. *in l. atqui natura* §. *non tamen. ff. de nego. geſtis, in l. in Inſulam,* §. *vſuras. ff. ſol. mat. Alex. ad l. diuortio, num. 23. ff. eod. & conſ. 27. lib. 4. Afflict. deciſ. 284. Cagno. ad l. curabit, num. 15. C. de act. empt. Crauet. conſ. 89. num. 3. & 189. nu. 7. Couuar. lib. 2. Var. reſol. c. 1. ver. Sextò hinc infertur. Lupus loco proximè citato, D. Menoch. conſ. 730. num. 15. lib. 8.*

Argumenta ſunt iſta. Primum quia vſuræ ſunt prohibitæ iure Canonico, etiã pro redimẽdis captiuis, c. ſuper eo, de vſuris Ergo etiam prohibitæ videtur in fauorem dotis.

Secundum, quia in vidua ceſſat ratio, *c. ſalubriter, de vſuris.* quia ſcilicet non ſuſtinet onera matrimonij.

Tertium, quia in poteſtate viduæ eſt dotem repetere, & exigere, Ergo vſuræ non debentur, vt dicebat Papinianus, *in l. 1.* §. *1. ff. de vſuris, 161. Cùm in poteſtate ſit actoris iudicatum exigere.* Et ratio eſt, quia ſi non exigat dotem cùm poſſit, videtur pecuniam

hæredibus viri mutuare, & ex ea fructus percipere, quod vſuram continet palliatam, vt vulgò loquimur.

Reſpondeo ad primum, fateor vſuras prohibitas eſſe Iure Canonico, ſcilicet lucratiuas, quas debitor ſoluit ex mutui ſtipulatione interueniente, ſicut olim Iure ciuili permiſſum erat, *l. Lecta ff. ſi cert. peta.* Sed vſuræ compenſatiuæ damni emergentis, & lucri ceſſantis, Iure canonico prohibitæ nō ſunt. Hæ ſunt compenſatiuæ, quia ſi vidua dotem ſuam habuiſſet, potuiſſet ex eius fructibus ſe alere, pecuniam collocādo in emptionem cenſus, vel rerum frugiferarum.

Ad ſecundum reſpondeo, eandem rationem militare in vidua quæ in maritò. Nam & illa debet ex dote ſua ſe ſuſtentare, quæ ob hanc cauſam ab initio data fuit marito. Imò ſicut maritus poteſt vſuras exigere dotis non ſolutæ, ita & hæredes eius eas pendere tenentur, ſi dotem ſolut. matr. non reſtituat, quia vt dicebat Nauarrus *in propoſito.* correlatiuorum eadem eſt diſciplina, vbi eadem ratio eſt in vtroque, *l. 1. C. de Cupreſſu, lib. 11.*

Ad tertium reſpondeo, rationem illam Papiani reprehenſam à Paulo fuiſſe: vt patet ex verbis ſequentib. quibus aliam rationem ille adfert: ſic enim ait text. [*Paulus notat, Quid enim pertinet ad officium iudicis poſt condemnationem futuri temporis fructus?*]

Quibus verbis alia ratio à Paulo adfertur, magis idonea. Hæc enim fuit ratio Papiani, Actor habet actionem iudicati, ergo non eſt neceſſaria actio ex ſtipulatu, quæ per cautionem oritur, de ſoluendis vſuris futuri temporis, ſi condemnatus tardiùs ſententiæ paruerit. Non eſt idonea ratio; quia etſi vnam actionem habeam, poſſum tamen & alteram mihi cauere. Vtile enim eſt fideiuſſoribus datis ei cauere, qui aliàs actionem habet.

Sed etſi hæc ita ſint, negari tamen non poteſt, quin is qui ſortem exigere poteſt, rectè ab vſuris petendis excludatur, ſicut in argumento dicebatur, quam ob rem alia opus eſt reſponſione. Ea verò hæc eſt. Cùm quis ſortem exigere poteſt, quia ſcilicet debitorem offert, vel certè nulla difficultas eſt in ea exigenda, tunc vſuras non deberi, quia videtur creditor pecuniam mutuare debitori ſub vſuris lucratiuis.

Sed quæſtio noſtra non verſatur in his terminis, quia loquimur de hæredibus, qui ſunt in mora ſoluendi, id eſt, reſtituendi dotem viduæ. Illa vellet accipere, interpellat rogat. Dies quoque debitorem mōnet vt reſtituat ſed non fit reſtitutio. Certè hic nulla voluntas viduæ fœnus exercendi. Nulla hic vſuræ ſpecies, nulla imago.

At dices. Cur nō vrget dotis exactionem in iudicio? Reſpondeo, hanc eſſe viduę benignitatem, debitorem eſſe in culpa maiori qui nō ſoluit. Non deberet eum, qui in mora reſtituendi eſt, imputare culpā creditori cur non petierit, *l. pen. ff. de vi, & vi arma.*

Si hæc ratio bona eſſet, nec maritus poſſet vſuras dotis non ſolutæ conſequi, quoniam & ei obijci poſſet, debuiſſe eum dotem exigere.

Imò nullus creditor ratione damni emergentis, vel lucri ceſſantis, vſuras petere poſſet ex mora debitoris, quia ſemper ei obſt. hæc ratio. Debuiſſe eum petere debitam quantitatem, eamque exigere, quę cùm ſint abſurda, conſequens eſt, & illius rationis rationem nullam habendam eſſe.

CAPVT CII.

An poſſit vidua vſuras ſiue intereſſe donationis propter nuptias petere, ſi hæredes in mora ſint reſtituendi res donatas propter nuptias?

NON deberi vſuras donationis propter nuptias vxori, ter deciſum fuiſſe in Concilio Neapolit. teſtatur Afflictus, *deciſ. 291.* Sed contrarium deciſum fuiſſe ſuis temporibus Grammaticus teſtatur, *deciſ. 103. num. 96.* cuius rei facit mentionem etiam Vrſillus, *in addit. ad deciſ. Afflict. d. deciſ. 291.* Et hanc ſententiam poſteriorem Senatus Pedemontanus, re maturè perpenſa, ſecutus eſt, *teſte Anton. Teſſauro, deciſ. 45.*

Fundamentum Afflicti eſt, quia donatio propter nuptias dicitur lucrum, quod facit mulier ex dote, *l. Aſſiduis, ad finem. C. qui potior. in pigno. habeantur.* Conſequenter, mulier vſuras haberet ex lucro, & ſic vſuras vſurarum

rum quod iure prohibitum eſt. *l. improbam, C. ex quibus cauſis infam. irrog.*

Sed hoc fundam. non eſt ſolidũ, quia nõ agitur hic de vſuris vſurarum percipiendis, ſed de vſuris percipiendis ex ſorte, hoc eſt, ex quãtitate debita pro donat. propter nuptias: licèt enim ea lucro cedat mulieris, non eſt tamen vſura, ſed ſors debita.

Fundam. poſterioris ſent. eſt in Auth. de non elig. ſecun. nub. §. ſi autem, vbi Iuſti. diſertè permittit eiuſm. vſuras donat. propter nup. ſic dicens: [*Si autẽ omnis ſortè cõſiſtat in pecunijs, aut alijs mobilib. rebus ante nuptialis donat. tertiã vſur. partẽ percipientẽ matrẽ cum caut. iam definita, nõ exigere à filijs aurũ, &c.*] Idem probatur in l. hac edict. §. his illud. C. de ſe. nu.

Hæc poſterior ſent. magis placet. Nam ſi Ius Canonicum opponatur, quo vſurę ſunt prohibitæ, reſponderi poteſt, vſuras hic nõ peti lucratiuas, ſed cõpenſatiuas, rõne fructuũ, vel emolum. quæ ex reb. donatis propter nupt. perciperẽtur, aut rõne damni emergentis, vel lucri ceſſantis: ſatis enim cõſtat noſtris præſertim temporibus eos qui pecunias habẽt paratas, plerũq; occaſiones habere annuos cenſus emẽdi, aut bona immobilia cõparandi, quibus caſib. iure Can. vltra ſortẽ permiſſum eſt aliquid accipere.

CAPVT CIII.

An vſuræ dotis, longo tempore non exactæ præſumantur remiſſæ?

TRES ſunt Doct. ſent. hac de re. Prima, remiſſas videri, *ita Dionyſ. Peruſ. inter cõſilia Bald. conſ. 474. lib. 3. Alex. conſ. 74. num. 8. lib. 5. Corn. conſ. 206. lib. 2. Alciat. de præſum. reg. 1. præſum. 32. num. 4. Tiraq. de præſcr. §. 1. Gloſ. 4. verſ. Octauò iſtis. Menoch. de præſump. li. 3. præſ. 25.*

Fundam. eſt in l. cùm quidã, §. Diuus. ff. de vſur. [*Diuus Pius ita reſcripſit: Parũ iuſtè præteritas vſuras petis, quas omiſiſſe te longi temporis interuallũ indicat, qui eas à debitore tuo, vt gratior apud eum videlicet eſſes, petendas nõ putaſti.*] Item in l. vir vſuras, ff. de don. inter vir. & vx. Papin. [*Vir vſuras promiſſæ dotis in ſtipulatu deduxerat, eaſq; nõ petierat: Cũ per omne tempus matrimonij ſumptib. ſuis vxorẽ & eius familiã vir exhiberet: dote prælegata; ſed & donationib. verbis fideicõmiſſi confirmatis, legato quidem dotis vſuras non cõtineri videbatur, ſed titulo donationis remiſſas.*]

Altera eſt ſententia remiſſas non videri, *ita Rom. conſ. 517. n. 14. Iaſ. in l. quæ dotis, n. 19. ff. ſolut. mat. Alex. conſ. 56. n. 6. & 63. n. 16. li. 4. & 208. n. 10. li. 7. Corn. cõſ. vlt. li. 2. & 164. li. 5. & 53. n. 3. li. 4. Dec. cõſ. 571. n. 4. Balbus de præſc. in 1. part. 3. partis prin. q. 10. nu. 4. Grãmat. deciſ. 70.*

Fundam. eſt in l. liberris. 18. §. 1. ff. de alimen. & cib. leg. vbi alimenta præteriti temporis peti poſſunt, licèt longo tempore petita non ſint.

Item, quia actio non tollitur minori ſpatio, quàm triginta annorum, *l. ſicut, C. de præſcript. 30. vel. 40. annor.*

Tertia eſt ſent. Octauiani Oſaſchi *deciſ. 123.* diſtinguentis: an maritus mortuus ſit, vel adhuc viuat, & vſuras petat temporis præteriti. Priore caſu, cùm marit⁹ mortuus eſt, & nunquã viuens vſuras petit, præſumpſiſſe, *vt in d. l. vir vſuras, ff. de don. inter virum & vxor.* Poſteriore autem non præſumitur remiſiſſe, quia apparet eum non habuiſſe animum donandi, cùm iam vſuras petat.

Mihi nulla ex ijs ſententijs placet. Neque enim puto rectè definiri poſſe maritum vſuras dotis remiſiſſe, vel non remiſiſſe, ex longi temporis ſilentio, quia hoc ex facto pendet, & circumſtantijs eius: & ideò id committendum videtur iudicis prudentiæ & arbitrio.

Non obſtat l. cùm quidam, §. Diuus, quia in illa facti ſpecie, ideò longum tempus indicat vſuras remiſſas fuiſſe, quoniam creditor eas petendas non putauit, vt eo gratior eſſet debitori.

Debitori igitur gratior eam ob cauſam fuerat: & eius gratiam promeritus eſt, aliaque forſan obtinuerat, quæ non obtinuiſſet. Meritò Iuriſconſultus ait, parum rectè vſuras præteritas eum petere.

Non obſtat l. vir vſuras, quia & in illa facti ſpecie multa concurrebant. Alimenta præſtita fuêre tota tempore quo matrimonium durauit, Dos prælegata fuit, Donationes quoque fideicommiſſi verbis confirmatæ. Ex his præſumitur, vir vſuras dotis remiſiſſe, quia ſi eas conſequendi animum habuiſſet, non talia feciſſet, quæ facere non tenebatur.

ANDREÆ FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER QVARTVS.

CAPVT PRIMVM.

De Teſtamento inter liberos: Si confectum fuerit nullis teſtibus præſentibus, an ſit ſeruandum?

COMMVNIS eſt ſententia Iuriſconſultorum, ex Teſtamento imperfecto inter liberos ſeruandam, ac cuſtodiendam parentum voluntatem, etiam nullis teſtibus adhibitis, conſcriptam ſeu comprehenſam aliqua ſchedula: *ſicuti præclarè docet Iulius Clarus poſt alios §. teſtamentum, quæſt. 14. Andr. Gaill, lib. 2. Obſeruat. 112. num. 8. in princ.* Quorum fundamentum eſt in tribus legibus poſitum: nempè Conſtantini, *l. vltim. C. famil. herciſc.* Theodoſij *in l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto. C. de Teſtam.* & Iuſtiniani *Nouella de Teſtam. imperfectis: ex qua ſumitur Authent. quod ſine, C. de Teſtamentis. Adde tex. in l. filij, & in l. ſi cogitatione, C. famil. herciſc. & Alex. conſ. 76. lib. 6. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 7.*

Cæterum Iacobus Cuiac. conſultatione omnium primus contrarium reſpondit: Nec teſtamentum ſcilicet, dici poſſe eam voluntatem, cui teſtes deſint. Nec Theodoſij lege, Conſtantini, & Iuſtiniani, ſe offendi ſcribit: quandoquidem Theodoſius illud teſtamentum imperfectum vocat, quod ſubſcriptum à teſtibus & ſubſignatum non eſt; cui rei conſentaneum eſt Iuriſconſulti reſponſum *in l. 6. ff. ad leg. Corneliam de falſis.*

Quod verò attinet ad Conſtantinum, quanquam is in teſtamento inter liberos qualiacunque verba, vel indicia ſufficere dixerit, non tamen eo ſermone teſtes excludi debent, veluti cùm dicimus, fideicommiſſum nutu relinqui poſſe, non tamen dicimus abſque teſtibus relinqui poſſe, *l. & in epiſtola, C. de fideicommiſſis.*

Denique Iuſtiniani lege non exiſtimat Cuiac. omne vitium in teſtamento inter liberos negligendum eſſe; Nec igitur illud, quod ſummum eſt, ſi videlicet nulli adhibeantur teſtes, à quibus nominis teſtamenti ſubſtantia deducitur.

Ego viri doctiſſimi ſententiam minimè probo: Moueor in primis autoritate d. l. Conſtantini, in illis verbis: *Etiamſi ſolennitate legum huiuſmodi diſpoſitio fuerit deſtituta.* Quæ quidem verba omnem complectuntur ſolennitatem, & conſequenter etiam teſtium adhibendorum. Deinde moueor autoritate d. Nouellæ Iuſtiniani de teſtam. imperfectis, perpendoque illa verba: [*Volumus, vt ſi quis litteras ſciens inter ſuos filios voluerit facere diſpoſitionem, primùm quidem eius ſubſcriptione tempus declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias, in quibus ſcripſit eos hæredes, &c.* Et paulò poſt: *Si tamen aut v[illegible] aut extraneis perſonis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa, &c. Et hæc propria ſcripta manu dictaque à teſtatoribus coram teſtibus, quoniam omnia conſequenter in diſpoſitione poſita ipſi, & ſcripſerunt, & volunt valere, ſint firma, &c.*]

Ex his verbis animaduerto, iſtud Imp. velle, vt teſtamentum inter liberos c[illegible]i[illegible]ptum abſque teſtibus, ſeruandum ſit, ſi modò pater formam obſeruauerit præ[illegible]ptam, niſi aliquid vxori, vel extran[illegible] legauerit, tunc enim teſtes adhibendi ſunt

Igitur hæc Nouella magnum argumen-

tum nobis ſuppeditat; imò verò teſtimonium firmiſſimum pro communis ſententiæ confirmatione, eo ſaltem in caſu, quo inter liberos duntaxat paterfamilias teſtatur, etiam abſque teſtibus ſeruandam eius voluntatem.

Porrò quod attinet ad Theodoſij legem; etſi imperfectum Teſtamentum illud eſſe Theodoſio, exiſtimari poteſt, quod teſtium ſubſcriptione, & ſubſignatione caret, ex his argumentis, quæ à Cuiacio afferuntur, attamen generaliter puto imperfectum cenſeri Teſtamentum etiam ipſi Theodoſio, quod alijs ſolennitatibus eſt deſtitutum.

Huius rei coniecturam habeo ex d. Nouella Iuſtiniani de Teſtament. imperfectis, in illis verbis: [*Inſuper, & Theodoſius decreuit, non in patribus ſolum hoc diſponens, ſed etiam in matribus & aſcendentibus vtriuſque naturæ. Hanc apprehendentes licentiam homines, in tantam ingreſſi ſunt obſcuritatem, vt diuinantibus magis, quàm interpretantibus hæc egerent.*] Et paulò antè Imperator dixit Conſtantinum legem ſcripſiſſe, de qua dictum eſt, atque idem ſubdit decreuiſſe Theodoſiũ: Ergo Theodoſio. Teſtamentum erit imperfectum eo modo, quo & Conſtantino. Conſtantin. autem etiam omni ſolennitate deſtitutum Teſtamentum vires habere voluit: igitur & idem Theodoſius voluiſſe videtur.

Quòd ſi teſtes adhibendi eſſent, nec omni ſolennitate deſtitutum eſſe diceretur Teſtamentum, & tali obſcuritati locus non fuiſſet, ex lege Conſtantini, & Theodoſij, qualem Iuſtinianus deſcribit, dicens: [*Homines ex his legibus in tantam ingreſſos fuiſſe obſcuritatem, vt diuinantibus potius, quàm interpretantibus egerent.*]

CAPVT II.

Ad interpretationem d. Nouellæ de Teſtamentis imperfectis: & d. l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de Teſtamentis, an locum habeant in Teſtamento nuncupatiuo; & an locum habeant, quando pater non æquis portionibus liberos hæredes inſtituit.

Martinvs Gloſſator antiquus exiſtimauit Theodoſij, & Iuſtiniani legem, de qua agitur, ad Teſtamentum in ſcriptis duntaxat celebratum, pertinere: de eo enim duntaxat, non autem de Nuncupatiuo loquitur.

Secuti ſunt eandem ſententiam Fulgoſius, & Salicetus.

Petr. Philip. Corneus ita diſtinguit, vt ſiquidem teſtator literas nouerit, tunc imperfectum Teſtamentum inter liberos ab eo conditum ita demum obtineat, ſi formam Nouellæ obſeruauerit: ſi verò literas ignorauerit, ſimpliciter valere exiſtimat: quia de eo qui literas ignorat, non loquitur Iuſtiniani Nouella.

Sed, vt ego exiſtimo, illa diſtinctio longè planior, & legibus conuenientior eſſe videtur: vt ſi quidem de Teſtamento ſcripto quæratur, reſpondendum ſit non aliter ſeruandum, quàm ſi Nouellæ Conſtitutionis forma fuerit obſeruata. De Teſtamento enim ſcripto, & Nouella loquitur, & lex Theodoſij.

Cæterum, ſi de nuncupatiuo Teſtamento agatur, quod ſine ſcriptis appellatur, ita ſtatuendum ſit, vt nec forma Nouellæ Conſtitutionis opus habeat, & quoquomodo confectum, cuſtodiri debeat; dummodò ex indicijs, coniecturis, & alijs quibuſcunque modis conſtare poſſit de patris inter liberos voluntate, licèt vltima hæc voluntas omni legum ſolennitate deſtituta ſit. Quæ ſententia Conſtantini *l. vltim. C. familiæ herciſcundæ.* manifeſtè probatur, vt meritò, & à Doctoribus noſtris recepta ſit, & ab vſu forenſi. *Vide Corneum in conſil. 218. libro 3. & Iulium Clarum, §. Teſtamentum, quæſt. 11.*

Sed non vulgaris eſt controuerſia: An hæc obtineant, ſi liberi inæqualiter fuerint hæredes inſtituti: Etenim tres ſunt Doctorum ſententiæ. Prima, affirmans. Secunda, negans. Tertia, diſtinguendum eſſe; Nam ſi magna fuerit inæqualitas, nullo modo obtinere; ſin autem modica, obtinere. *Vide Caſtrenſem, Alexandrum, & alios, ad l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de Teſtamentis. Nattam in cõſil. 622. Couarruuiam ad c.*

ad c. Rainutius. §. 1. num. 3. de Teſtamentis. Manticam de Coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 6. titul. 2. num. 16. Andream Gaill, lib. 2. obſeruat. 112. num. 23.

Affirmantis ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex d. §. ex imperfecto. Nam Theodoſius dicit: Ex imperfecto Teſtamento voluntatem inter liberos valere, nec diſtinguit: vtrùm æqualiter, vel inæqualiter fuerint hæredes inſtituti: Ergo neque nobis diſtinguere licet, *l. de pretio. ff. de Publiciana.*

Secundum argumentum eſt ex eo, quòd ratio legis locum habeat, ſiue æqualiter, ſiue inæqualiter hæredes inſtituantur liberi: ergo & lex in vtraque ſpecie locum habere debet: illa enim eſt legis ratio, quam commemorat Iuſtinian. *in d. Nouella de Teſtamentis imperfectis*, videlicet in tantum erga parentes lex verecunda ſit, vt eis inter liberos voluntatem ſuam declarantibus tot ſolennia non requirat. Hæc ratio locum habet, ſiue æqualiter, ſiue inæqualiter filij hæredes inſtituantur.

Tertium eſt ex l. vlt. C. famil. herciſcun. vbi dicitur: *Seruato Senatuſconſulti auxilio*, defuncti voluntatem cuſtodiendam eſſe inter liberos. Si locus eſſe debet auxilio Senatuſconſulti, ſcilicet, Trebelliani: ergo fieri poteſt, vt alter filiorum onere fideicommiſſi prægrauetur, vt proinde quartam ex Trebelliano deducere poſſit, ex quo maximam oriri inæqualitatem poſſe perſpicuum eſt.

Quartum argumentum ſumitur ex Nouella *de Teſtamentis imperfectis*, quatenus ibi Iuſtinianus ſtatuit, vt pateat ex Teſtamento, quod inter ſuos filios facit, inter cætera: [*Vncias, in quibus ſcripſit eos heredes, declaret, & cæt.*] Nam ſi æquis portionibus hæredes inſtituendi eſſent filij, vt Teſtamentum imperfectum valeret, non eſſet neceſſe vncias declarare, in quibus filiorum quilibet hæres inſtitutus eſſet: deberent enim omnes æqualiter inſtitui: non autem certæ quædam vnciæ pro arbitrio patrisfamilias filijs attribui.

Argumenta verò negantis ſentent. hæc ſunt. Primum ex l. vlt. C. famil. herciſcund. in illis verbis: *Pares eſſe videntur*. Hæc enim verba nonnulli ſic interpretantur, vt æqualem inter filios hæreditatis diuiſionem ſignificent.

Secundum argument. eſt, quia ratio legis ceſſare videtur, quando inæqualiter liberi ſunt hæredes inſtituti: Illa enim eſt ratio, cur Teſtamentum imperfectum ſeruandum ſit inter liberos, quia cùm filij ab inteſtato ſucceſſuri ſint, nulla eſt fraudis ſuſpicio; ideoque cautionibus & ſolennibus tot ac tantis ad euitandas fraudes inuentis opus non eſt. Hæc ratio ceſſat, ſi liceat parenti liberos inæqualiter inſtituere. Alter enim fraudem, & dolum excogitare poteſt atque etiam adhibere, vt maiorem conſequatur hæreditatis portionem.

Fundamentum denique ſententię diſtinguentis illud eſt vnum; quòd vbi maxima eſt inæqualitas, minimè æquum eſſe videatur, patris voluntatem ex imperfecto Teſtamento valere, ne lites, ſimultates, & diſcordiæ oriantur inter fratres, quæ ex inuidia propter inæqualitatem oriri ſolent. Cęterùm ſi modica ſit inæqualitas, æquum ſit patris voluntatem, quæ nullum ferè malum paritura eſt, ſeruari.

Ego ſanè in priorem ſententiam longè ſum procliuior, eo potiſſimum argumento, quòd ſi in hac ſpecie ſeruanda erat à parentibus æqualitas inter liberos teſtantibus, æquum ſanè erat legis auctorem id exprimere, cùm maximi momenti ſit: Deinde illud me maximè mouet, quòd alioqui hæc inueſtigatio: An parentis Teſtamentum imperfectum inter liberos ſeruandum ſit, nullam adferret vtilitatem. Nam ſi liberi ſunt æqualiter inſtituendi, nihil referre videtur, vtrùm ſeruandum ſit nec ne Teſtamentum: ſi enim ſeruandum ſit, æqualiter ſuccedent defuncto parenti: ſi verò non ſit ſeruandum, ſimiliter ab inteſtato æquis portionibus vocantur.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo; illa verba: *Pares eſſe videntur*, non eum ſenſum habere, de quo in argumento dicitur, ſed hoc ſignificare; inter omnes hæredes ſuos, hoc eſt, liberos, qui

qui ex quolibet venientes gradu, tamen pares eſſe videntur, &c. id eſt, pares in ſuccedendo, veluti filius, & nepos ex filio præmortuo: Iſti enim pates ſunt in ſuccedendo, licèt non ſint in eodem gradu. Inter omnes igitur hos, qui pariter ſuccedunt ab inteſtato, patris vltima voluntas cuſtodienda erit, licèt ſolenni Teſtamento non contineatur, Hic eſt ſenſus legis Conſtantini.

Ad ſecundum reſpondeo, paternam inter liberos diſpoſitionem, non tam eſſe fraudibus expoſitam, vt ſunt aliàs cæteræ vltimæ voluntates, & Teſtamenta, ſuſpicionem allatam in argumento leuem eſſe, & quæ minimè filiorum erga patrem charitati præferenda ſit, aut tanti facienda, vt idcircò ſcrupuloſa omnis Teſtamentorum ſolennitas à perſonis huiuſmodi exigenda ſit. Nec puto rationem eſſe habendam eius argumenti, quo nititur diſtinguens ſententia, cùm parentibus licere ſit perſpicuum plus vni filiorum, quàm alteri relinquere, ſi modò legitimam cuique portionem relinquant, *leg. parentibus, C. de inofficioſo Teſtamento.*

CAPVT III.

Vtrùm, quod dictum eſt hactenus de Teſtamento imperfecto parentum inter liberos, habeat locum, cùm liberi ſunt naturales tantùm. Et quid ſi Reſcripto Principis ſint legitimati. Et an locum habeat in Teſtamento ad pias cauſas.

ETIAM inter filios duntaxat naturales ex imperfecto Teſtamento paternam diſpoſitionem vires obtinere, docuit Speculator *tit. de inſtrum. edit. § compendioſè. quem ſecutus eſt Paulus Caſtrenſ. in comment. l. hac conſultiſſima, § ex imperfecto, C. de teſtament.*

Et fundamentum eſt in l. naturalib. C. de confirmando tutore, in illis verbis: [*Naturalibus liberis prouidentes, damus licentiam patribus eorum in ijs rebus, quocunque modo eis dederint, vel reliquerint, & Tutorem eis relinquere, & cæt.*] His enim verbis patet, patrem poſſe quocunque modo filijs naturalibus relinquere, & conſequenter etiam ex Teſtamento minus perfectio & ſolenni.

Sed contrariam ſententiam longè, & communiorem, & veriorem eſſe iudico, leges nimirum, quæ de teſtamentis inter liberos imperfectis loquuntur, ad liberos duntaxat legitimos, & naturales pertinere: non autem ad liberos naturales tantum. *Quæ ſententia fuit Angeli, & aliorum, vt per Decium in conſ. 610. numer. 2. Et per Clarum, §. Teſtamentum, quæſt. 12. & eam, alijs citatis, ſecutum eſſe Senatum Pedemontanum, teſtatur Ant. Teſſaur. deciſ. 94.*

Fundamentum ſolidiſſimum eſt ex eo, quòd leges de Teſtamento inter liberos, ſeu inter filios loquentes, de his accipiendæ ſint, qui verè, & propriè ſunt filij. Filium autem definimus eum, qui ex legitimo Matrimonio natus eſt, *l. filium, ff. de his qui ſui, vel alieni iuris ſunt.* Quòd ſi quandoque ad filios naturales extendantur leges de filijs loquentes, illud exprimi ſolet legibus ipſis, nec expreſſum eſſe in hac, qua de agitur, ſpecie, animaduerto.

Quòd verò attinet, ad l. Naturalibus, exiſtimo verba illa, *Quocunque modo,* & cæt. quæ pro contraria ſententia perpenduntur, non eum habere ſenſum, vt parenti liceat quoquo modo, etiam legis forma neglecta, filijs naturalibus teſtamento relinquere, ſed ſenſus eſt: *Quocunque modo*; id eſt, ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate parentes dederint, vel reliquerint. quemadmodum etiam ibi gloſſa rectè exponit.

Cæterùm, ſi filij naturales ſint legitimati, ruſus controuertitur, an idem ſtatuendum ſit circa Teſtamentum imperfectum quod inter liberos ex iuſto Matrimonio procreatos conſtitutum eſt, *vt videre licet ex Decio, in d. conſ. 610. ex Iaſone in commentarijs d. §. imperfecto, & ex Andr. Gaill, libro 2. Obſeruat. 212.*

Fundamentum negantis ſententiæ poſitum eſt in l. vltim. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt; [*Si quis aliquid dari, vel fieri voluerit,* ait textus, *& legitimæ ætatis fecerit mentionem, illam tantummodò ætatem intel-*

lectam volumus, quæ viginti quinque annorum curriculo completur: non quæ ab Imperiali beneficio ſuppletur.]

Sic & in ſpecie noſtra, quæ dicuntur de Teſtamento inter liberos, ad eos pertinere videntur, qui verè ſunt liberi, & ex legitimo Matrimonio geniti: non autem ad eos, qui Imperiali beneficio legitimi effecti ſunt.

Sed contraria ſententia videtur mihi longè probabilior, eo argumento, quòd liberi naturales, qui Imperiali Reſcripto legitimi efficiuntur, iiſdem iuribus & commodis frui debeant, quibus fruuntur cæteri ex legitimo Matrimonio procreati, ſic enim diſertè, & prolixè ſtatuit Imperator, *in §. & quoniam variè & in §. ſit igitur licentia, in Authent. Quibus modis naturales efficiantur ſui.* Conſequens eſt igitur, vt & hoc commodo, ſiue iure frui debeant, de quo noſtra eſt diſputatio: Neque enim exceptum illis, ac ſubtractum aliqua lege videtur.

Nec mouet text. in d. l. vltim. hæc enim d. ſtatuiſſe ſunt, quia minorem annis viginti quinque, Princeps maiorem facere nequit, ſed eum, qui legitimus non eſt, legitimum efficere poteſt: *Vide Alexand. conſil. 2. num. 52. lib. 1.*

Quod attinet ad tertium, quod titulus huius capitis pollicetur; In Teſtamento ad pias cauſas locum habere, quæ noſtris legibus ſancita ſunt de Teſtamento imperfecto inter liberos, reſpondit Alexand. *in conſil. 3. libro 7.* & poſt eum alios citans Iacobus Menochius *in conſil. 224. libro 3.* Sed contrarium reſponderunt Aretin. *in conſil. 64.* & Socinus iunior, *in conſil. 189. num. 76. libro 2.*

Fundamentum prioris ſententiæ illud eſt, quòd non magis fauendum ſit liberis, quàm pijs & religioſis locis, ſiue rem ipſam intueamur, quæ cùm ad religionem ſpectet, & pietatem, maximo fauore digna eſt, ſiue ipſius teſtantis voluntatem, qui animæ ſuæ ſalutem, & commodum cordis magis habere cenſetur, quàm filiorum vtilitatem.

Poſterioris verò illud eſt argumentum, quòd leges noſtræ de Teſtamentis imperfectis inter liberos loquantur, non autem de Teſtamentis ad pias cauſas.

Ego ſanè benigniorem ſententiam illam eſſe prima fronte iudicabam, quæ religioni fauet, & menti eorum, qui leges cōſcripſerunt, magis conſentaneam. Coniectura illa motus, quòd Teſtamentum ad pias cauſas coram duobus vel tribus teſtibus conditum valere conſtat, *ex c. relatum, de Teſtamentis.* Cur igitur non valeat etiam ſi reliquis ſolennibus deſtitutum ſit, cùm certum ſit teſtium numerum primas ſibi inter cætera ſolennia, partes vendicare? ſi numerus teſtium minor quàm legibus requiratur, Teſtamentum ad pias cauſas vitiare non ſolet, Ego ſic ſtatuebam, nec illud viriari Teſtamentum, quod cæteris Iuris Ciuilis ſolennibus caruerit, adeoque ſufficere, ſi ea adhibeantur, quæ in Teſtamentis inter liberos imperfectis, leges requirunt. Sed hanc ſententiam amplecti non poſſum, eo in caſu, quo ſchedula manu teſtatoris reperiatur, quæ coram teſtibus publicata non ſit, etſi enim pugnantes ſint Doctorum ſententiæ, nec deſint qui faueant piæ cauſæ, *vt patet ex Couuar. in capit. relatum in prima, num. 12. de Teſtament.* tamen contrariam ſententiam amplector, *quam ſecuti ſunt Clarus, alios citans, §. Teſtamentum, quæſtione 7. & poſt alios Iacobus Tomingius, Quæſtionum, ac deciſionum, cap. 4.* Moueor, quia nec Iure Canonico locus vllus extat, qui pias cauſas iuuet in propoſita ſpecie, & magnoperè aduerſatur Iuſtinianus *in Nouella de Teſtament. imperfect.* quatenus vult, exceptis liberis, ita demum legata deberi, & fideicommiſſa, ſi coram teſtibus nuncupentur. Verba hæc ſunt: [*Si tamen aut vxori, aut extraneis perſonis alicubus voluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa, aut libertates, & hæc propria ſcripta manu, dictaque à teſtatoribus, coram teſtibus, quoniam omnia conſequentur in diſpoſitione poſita, ipſi & ſcripſerunt, & volunt valere, ſint firma.*]

* *
*

CAPVT

CAPVT IV.

Vtrum Teſtamentum inter liberos imperfectum ſeruari debeat; vbi non ſolùm ſolennia deſunt, ſed voluntas quoque imperfecta eſt. Et an liberi ſuccedant ab inteſtato; an verò ex Teſtamento tali imperfecto.

NON poteſt prima, quam propoſui, controuerſia definiri, niſi diſtinctione adhibita, quę tres complectatur Propoſitiones, ſiue Concluſiones.

Prima propoſitio: Si teſtamentum facere quis inceperit, & cùm hæredibus primis inſtitutis, ſecundos hæredes conſcribere vellet, morte impeditus non potuerit, videtur potius incepiſſe Teſtamentum facere, quàm feciſſe: Itaque nec primi hæredes obtinebunt hæreditatem. *Ita Iabolenus in l. ſi quis. 25. ff. de Teſtament.* quamobrem id, quod Conſtantinus ſcribit in l. vlt. C. fam. herciſcundæ: [*Siue inceptum, ſiue impletum ſit Teſtamentum, &c.*] cuſtodiendam eſſe patris defuncti voluntatem inter liberos rectè exponitur accipiendum eſſe de eo Teſtamento, quod impletum non eſt quantum ad iuris ſolennia; Si enim Teſtator morte præuentus perficere illud non potuiſſet, aliter ex ſententia Iaboleni reſpondendum eſſet.

Secunda propoſitio: Si Teſtatoris voluntas imperfecta ſit, quia conditiones, quas adſcribere volebat, non adſcripſerit: veluti, Ille hæres eſto, ſecundùm conditiones infra ſcriptas, tunc ſi nulla ſit adiecta conditio, valet nihilominus inſtitutio, & pro pura habetur, *l. ſi teſtamentum. C. de Inſtitutionibus & Subſtitutionibus.* vbi Imperator eo vtitur argumento, quòd Papinianus reſpondit, vicos Reipubl. relictos, qui proprios fines habebant, non ideò ex fideicommiſſo minus deberi, quòd Teſtator fines eorum, & certaminis formam, quòd celebrari ſingulis annis voluit, alia ſcriptura ſe declaraturum promiſit, ac poſteà morte præuentus non fecit, *vt in l. cùm pater, §. vltim. de leg. 2.*

Sed huic deciſioni obſtare videtur, quod Marcellus reſpondit in l. quoties. 9. §. Tantundem. ff. de hæred. inſtit. [*Statim*, ait text. *tantundem Marcellus tractat, & in eo, qui conditionem deſtinauit inſerere, non adiecit; Nam & hunc pro non inſtituto putat.*] Difficilis ſanè Antinomia, quæ hactenus doctiſſima exercuit ingenia. Duarenus *ad titul. de condit. inſtit. cap. 3. ad finem.* exiſtimat Marcelli ſententiam Vlpiano non probari, *eo argum. quod & in l. 2. ff. de hæred. inſtit. eandem improbare videatur.* Et reuera non ſimpliciter eam Marcelli ſententiam Vlpianus probat: Subdit enim in d. §. tantundem: [*Sed ſi conditionem addidit, dum nollet hæredem futurum detracta ea, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem ſcriptum eſt, quam ſententiam & ipſe, & nos probamus.*] Ex quibus verbis apparet, eo tantum in caſu Marcelli ſententiam probari, quo voluntas Teſtatoris eſt, vt detracta conditione, hæres non ſit, quo in caſu non eſt accipienda Imperatoris lex, quare Antimonia facilè conciliatur. Et iſtud eſt, quod idem Vlpianus dixit in dicta leg. 2. ff. de hæredibus inſtituend. [*Si voluntas defuncti non refragatur, &c.*]

Tertia propoſitio: Cùm Teſtator ſcripſit manu ſua Teſtamentum inter liberos, deinde iuſſit vt Notarius vocaretur, & ſimul etiam teſtes, quibus præſentibus ſuam vltimam voluntatem declarare ſe velle dixit: antequam verò teſtes & Notarius accederent, mortuus eſt, non valet ea diſpoſitio. *Ita reſpondit Oldradus in conſil. 119. quem multi ſecuti ſunt relati à Couuarr. in c. relatum, 1. extra, de teſtam.*

Fundamentum huius ſententiæ eſt primò, in l. fideicommiſſa, verſic. quoties. ff. de legat. [*Quoties*, ait textus, *qui exemplum Teſtamenti præparat, & antequam teſtetur, non valet:*] antequam teſtetur, id eſt, antequam teſtibus adhibitis & vocatis ſuam declaret voluntatem. Secundò, in l. ex ea ſcriptura, ff. de Teſtamentis. [*Ex ea ſcriptura*, ait lex, *quæ ad Teſtamentum faciendum parabatur, ſi nullo iure Teſtamentum perfectum eſſet, nec ſua fideicommiſſorum verba habent, peti poſſunt.*] Tertiò, in leg. contractus, C. de fide inſtrumentorum, & dicta l. 2. C. de ſententijs ex periculo recitandis.

Cæterùm, contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico, quam ſecutus eſt Alexand. *ad d. l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de Teſtamentis.* Et poſt eum alij, quos refert & ſequitur præceptor meus honorandus, Ioannes Cephalus *in conſil. 99.* Moueor ex l. vlt. C. famil. herciſcund. vbi Conſtantinus patris voluntates inter liberos cuſtodiri mandat: [*Quocunque modo ſcripturæ, quibuſcunque verbis vel indicijs inueniantur relictæ.*] At in ſpecie hac ſcriptura extat paternę voluntatis, quam ſola mors eius publicari prohibuit; voluntas manifeſta & perſpicua, claroque & perſpicuo comprehenſa documento, ideò eſt ſeruanda. Huc accedat Nouella Iuſtiniani de Teſtamentis imperfectis, ex qua talem ſcripturam robur accipere nulli non conſtat, ſi cæteris deſtituta non erit, quæ à Iuſtiniano exiguntur.

Argumenta verò Oldradi & ſequacium ad hanc ſpeciem noſtram non pertinent, in qua de Teſtamento inter liberos agitur, ſed locum habere poſſunt in alijs Teſtamentis ac diſpoſitionibus, quæ abſque ſolennibus confici non poſſunt, nec tot ornantur priuilegijs, quot paternam diſpoſitionem inter liberos proſequutæ ſunt leges.

Quòd attinet ad alteram controuerſiam, etſi Caſtrenſ. Alexand. Iaſon, & quidam alij interpretes *in l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de Teſtamentis.* in propoſita ſpecie docuerint: Liberos ex Teſtamento, licèt imperfecto ſuccedere, quaſi Teſtamentum valeat, licèt ſolennibus iuris deſtitutum, quia lex ea ſolennia non requirit in Teſtamento inter liberos, tamen contraria ſententia mihi magis probatur, quam ſecutus eſt Accurſius *in d. §. ex imperfecto.* Liberos nimirùm ab inteſtato ſuccedere. Huic enim ſententiæ magnoperè mihi adſtipulari videtur Conſtantinus in d. l. vltim. C. famil. herciſcund. in illis verbis: [*Familia herciſcunda, licèt ab inteſtato ad ſucceſſionem liberi vocentur, ſeruato Senatuſconſulti auxilio, defuncti diſpoſitio cuſtodiatur.*] Atq; illud maximè perpendo, Theodoſium *in d. §. ex imperfecto.* & Iuſtinianum *in d. Nouella de Teſtamentis imperfectis.* vnum hoc inculcare, vt paterna voluntas cuſtodiatur, nunquam proferre vllum verbum, quo Teſtamentum valere ſignificetur.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, Conſtantinum accipiendum eſſe, cùm Teſtator nullos inſtituit hæredes in Teſtamento. Non rectè: quia vaticinantur. Item: quia ſi nullus eſſet hæres inſtitutus, nec locus eſſet Senatuſconſulto Trebelliano, cuius ibi fit mentio.

Secundò, reſpondent: Filios quidem ſuccedere poſſe ab inteſtato, ſed tamen non prohiberi etiam ex Teſtamento ſuccedere, ſi velint. Non rectè: quia ſi Teſtamentum valeret, non diceret Conſtantinus eos ab inteſtato ſuccedere: Quid enim opus eſſet inteſtati ſucceſſione, aut quid pertineret ad Teſtamentum validum poteſtas ab inteſtato ſuccedendi? Quamdiu poteſt ex Teſtamento adiri hæreditas, ab inteſtato non defertur, *l. Quamdiu, ff. de acq. poſſ.*

Tertiò, reſpondent ſaltem ex Nouella Iuſtiniani colligi poſſe Teſtamentum valere; de quo agitur. Non rectè: quia nullum in ea Conſtitutione legitur verbum hac de re.

CAPVT V.

Vtrum teſtantis voluntas ex Teſtamento imperfecto & non ſolenni, obſeruanda ſit ab hæredibus in foro conſcientiæ & animæ, vt loquuntur.

Controuerſia hęc celebris eſt, & tractatur latè ab interpretibus *in l. 1. ff. de condict. indebit.* & poſt eos diligenter à Couarruuia, *in cap. cùm eſſes, de Teſtament.* necnon à præceptore meo Deciano, *in conſil. 46. num. 93. lib. 2. Franciſco Mantica, de Coniecturis vltim. voluntatum, libro 2. titul. 14. & à Iacobo Menochio de Præſumptionibus, lib. 1. quæſt. 80.* Ab iſtis Canoniſtæ, Theologi, & cæteri omnes referuntur.

Ego eorum ſententiam magis probo, qui hæredem teneri aſſeruerunt ad præſtanda legata, cæteraque exequenda & implenda, quæ teſtamento minus ſolenni con-

continentur, ſi hæres non ignoret, eam reuerà fuiſſe teſtatoris voluntatem. Hanc ſententiam vbi confirmauero, tum facilè contrariæ ſententiæ argumenta diluam.

Probatur igitur hoc argumento. Si hæres iure naturali obligetur ad implendam Teſtatoris voluntatem, quæ in teſtamento minus ſolenni continetur, ſine dubio etiam in foro, vt loquuntur, conſcientiæ obligabitur: ſed verum eſt prius, verum igitur & poſterius. Maior propoſitio probatur ex communi omnium ſententia, in cap. nouit, de iudicijs. omnes enim hanc concluſionem admittunt, ac veram eſſe fatentur, eum, qui naturaliter obligatur, etiam in foro conſcientiæ obligari. Minor autem probatur: quia ſi hæres non eſſet naturaliter obligatus ad implendam teſtatoris voluntatem, ex minus ſolenni Teſtamento, liceret ei ob eam cauſſam ſolutum repetere, *l. quod indebitum, & l. naturaliter, & l. ſeq. ff. de condict. indeb. l. quod pupillus. ff. eodem titul. cum alijs ſimilib.* Sed petere non ei licet, *l. 2. C. de fideicommiſſis, l. non dubium. C. de Teſtamentis.* ergo naturaliter obligatur. Quamobrem Iuriſconſultus *in l. in Teſtamento. ff. de fideicommiſſarij libertatibus* reſpondit, [*Pios filios debuiſſe manumittere eum,*] cui pater in Teſtamento, quod perfectum non erat, libertatem & fideicommiſſa dedit.

Confirmatur hoc argumentum: Nam ſi verb. gr. Teſtamentum conditum ſit coram duobus vel tribus Teſtibus, non eſt quidem ſolenne, ſed tamen iure naturali valet: quia in ore duorum vel trium ſtat omne verbum, *c. relatum, c. cùm eſſes, de teſtamentis.* igitur hoc in caſu hæres erit obligatus. Eadem ratio eſt de alijs ſimilibus.

Reſpondet *Couuar. in d. cap. cùm eſſes.* ex minus ſolenni Teſtamento non oriri naturalem obligationem, ſed quandam obligationem quæ inſurgit ex honeſtate, & debito morali, non autem ex legis vinculo. Sed obſtat huic reſponſioni, quod cùm talis obligatio impediat ſoluti repetitionem, videtur oriri ex aliquo legis vinculo, alioqui non impediret. Deinde illud maximè obſtat, quod Doctores à Couuarruuia citati ad probandum ex Teſtamento minus ſolenni obligationem naturalem non oriri, nullo ſatis firmo nituntur fundamento: Etenim nituntur, *l. ſi creditoris, C. de fideicommiſſis,* cuius hæc ſunt verba: [*Si creditoris voluntas iure ſubnixa liberari debito volentis doceri poteſt, & antequam ſolenniter tibi liberatio à ſucceſſore præſtetur, exceptionem tibi ex voluntate defuncti deſcendentem competere manifeſtum eſt.*]

Argumentum ſumunt à contrario ſenſu: ergo nulla competit exceptio debitori liberato ex voluntate creditoris, ſi ea voluntas iure ſubnixa non eſt, id eſt, ſolennis & perfecta. Sed vt maximè hoc argumentum valeret, non tamen nobis conſtat, an in ea ſpecie voluntas defuncti fuerit hæredi cognita, & perſpecta, vt ex conſcientia relicti fideicommiſſi ſatisfacere voluntati defuncti teneretur. Etenim fieri poteſt, vt Teſtantis voluntas nullo modo obliget hæredem, cùm videlicet non ſolùm eſt minus ſolennis: verum etiam ignorata ab ipſo hærede, ita vt aliqua ratione dubitare poſſit, an ea fuerit defuncti voluntas: Nam ſi exciperet debitor, ſibi relictam eſſe liberationem à defuncto, in ſpecie dictæ legis aduerſus hæredem creditorem debitum petentem, hæres ipſe replicaret, defuncti voluntatem iure ſubnixam non fuiſſe, nec debitori liceret replicare: Atqui licèt iure ſubnixa non ſit, ex conſcientia tamen ſatisfacere teneris voluntati defuncti; non inquam iſta liceret replicare apud Diocletianum, & Maximianum: quia certò non conſtat, nec vlla fit mentio in ea lege: vtrum loquantur etiam in hac hypotheſi, in qua conſcientia hæredem vrget.

Præterea nituntur ijdem Autores autoritate, *l. ſi veritas. C. de fideicommiſſis,* leui ſanè, vt mihi videtur, coniectura: [*Si veritas,* inquit textus, *vel ſolennitas iuris deeſt, nec amplexus parentis voluntatem relicta dediſti, vel Tranſactionis cauſa ſtipulantibus promiſiſti, negotiumque integrum eſt, ad ſolutionem vrgeri non potes.*]

Leuis, inquam, immò nulla coniectura eſt; quia nullus eſt, qui dicat quempiam vrgeri poſſe ad ſoluendum quod relictum eſt in Teſtamento minus ſolemni: vrgeri, inquam,

inquam, in foro, vt vocant, externo, iudicialiter propoſita actione: Verùm noſtra diſputatio eſt de foro interno conſcientiæ, atque animæ iudicio.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ Iuſtæ ſunt leges, quæ ſolennia Teſtamentorum induxerunt, & iuſtam ob cauſam conſtitutæ: ergo obligant & locum habent etiam in foro conſcientiæ. Reſpondeo: Nego illationem illam, quæ poſtea deducitur in hac ſpecie: ergo hæres non obligabitur in foro conſcientiæ. Nam etſi leges iuſtæ ſint: aliter tamen de illis iudicatur ſecundùm forum externum; aliter ſecundùm forum conſcientiæ. Ecce non poteſt venditio reſcindi ob quamcunque Venditoris læſionem in pretio, *leg. ſi voluntate. C. de reſcindenda venditione.* hæc eſt lex iuſta, & iuſtas ob cauſſas ordinata, & tamen in foro conſcientiæ emptor, qui læſit, obligatur ad ſupplendum iuſtum pretium Venditori; *Sicuti latè probat Couarruuias, lib. 2. variarum Reſolut. cap. 4. Sotus de Iuſtitia & Iure, lib. 6. quæſt. 3. art. 1. Arius Pinellus, ad l. 2. C. de reſcindenda Venditione, in 2. parte, numer. 35.* Vis aliud exemplum? En tibi Actiones, Redhibitoria, Quanti minoris, de dolo, certo tempore circumſcriptæ ſunt, quo elapſo exerceri non poſſunt, & tamen reus in conſcientiæ foro liberatus non eſt, ſed obſtrictus, *vt rectè declarat idem Couuar. ad Regulam, Poſſeſſor malæ fidei, §. 11. numer. 5. de Regulis Iuris, libro 6.*

Secundum argumentum Iudex iuſtè pronunciat Teſtamentum nullum, quod ſolennibus caret, & iuſtè adiudicat legitimis hæredibus hæreditatem, *l. ſi poſt diuiſionem. C. de Iuris, & facti ignorantia, l. ex imperfecto, C. de teſtamentis.* igitur talis ſententia obtinet etiam in foro conſcientię, *cap. 2. de Maioritate, & Obedientia, c. omnis anima, de cenſibus.* Reſpondeo: Nego conſequentiam: ſæpè enim aliquid ſecundùm forum externum iuſtum reputatur, quod in foro conſcientiæ locum non habet, *cap. vlt. 17. quæſt. 4.* ibi: [*Iure fori, ſed non iure poli.*] Iudex iuſtè pronunciabit contractum Venditionis reſcindendum non eſſe, nec iuſtum pretium ſupplendum, nec poſt tempus conſtitutum à lege de dolo agi poſſe, & tamen is ſecundum quem pronunciabit, quod ad animæ iudicium, & conſcientiam tutus non erit, ſi ſciens aduerſarium deceperit, vti paulò ante diximus.

Tertium argumentũ. Ad omnem actum perficiendum duo requiruntur: Voluntas & poteſtas, ſed hic Voluntas quidem Teſtatoris adeſt, verùm deeſt poteſtas: quia nemo Teſtamentum facere poteſt validum abſque ſolennibus: Ergo hæres nullo modo obligatur ex tali Teſtamento. Reſpondeo: Hæredem quidem non obligari ciuiliter, vt proinde cogi poſſit actionibus propoſitis in iudicio ad implendam defuncti voluntatem, veruntamen obligatur naturaliter: Neque enim lex ciuilis naturalem obligationem impedit in hac ſpecie, aut verò impedire poteſt, propterea quòd ſolennia non adhibeantur in Teſtamento.

Quartum argumentum. Iure Canonico Teſtamentum non valet, ſi fiat coram vno teſte tantùm, vel duobus teſtibus: fieri enim debet pręſentibus duobus teſtibus, & parocho, *cap. cùm eſſes, de Teſtamentis.* Aut ergo tunc in foro conſcientiæ obligabit, aut non obligabit. Si non obligabit, ſequitur Teſtamentum minus ſolenne in foro conſcientiæ hæredem non obligare. Si verò obligabit, ſequitur abſurdum: nempè ius Canonicum inducere peccatum: quia ſcilicet, Teſtamentum illud non approbat, quod obligat in foro conſcientiæ hæredem, quod abſurdum vt euitetur, dicendum eſſe videtur, Teſtamentum nullum in foro externo, nullas habere vires ad obligandum etiam in foro conſcientiæ. Reſpondeo: Teſtamentum ſolennibus deſtitutum, de quibus in argumento, Iure Canonico nullum eſſe, ſed tamen hæredem ex conſcientia teneri, nec propterea peccatum aliquod induci aut permitti Iure Canonico: quia ius Canonicum ſolennitates requirit quoad forum externum; Neque hæredi vllam concedit poteſtatem Teſtamentum illud infringendi, quod ipſe hæres nouit à defuncti voluntate proceſſiſſe, quantum ad forum internum conſcientiæ.

Quin-

Quintum argumentum. Teſtamentum imperfectum pro nullo habetur, §. *ex eo, in Inſtitutionibus.* Quibus modis Teſtamenta infirmentur, igitur eſt perinde, ac ſi conditum non fuiſſet ſecundùm regulam, *l. quoties. ff. qui ſatiſdare cogantur.* Ergo tale Teſtamentum nullo modo obligat in foro conſcientiæ. Reſpondeo: Paria hęc eſſe: Teſtamentum non extare; vel minus ſolenne extare, quo ad eiuſdem obligationem, ſecùs quo ad naturalem. Quod probatur, quia ſi non extaret, ſolutum ab hærede ob eam cauſam repeti poſſet, *eleganter. de condictione indebiti.* Si verò extet, licèt imperfectum ſit, ſolutum tamen ab hærede eam ob cauſam repeti non poteſt, *l. 2. C. de fideicommiſſis.*

Sextum argumentum. Si Teſtamentum imperfectum in foro animæ implendum eſſet ab hærede, ſequeretur, eas leges peccatum continere, aut certè abſque peccato ſeruari non poſſe, ſed tale Teſtamentum pro infecto habent; ſed conſequens eſt abſurdum: quia ſic leges debuiſſent, corrigi: ergo & illud vnde ſequitur. Reſpondeo: Multa eſſe legibus noſtris iuſtè, & ſaluberrimè conſtituta, quantum ad forum externum, quæ tamen ceſſant in foro conſcientiæ: Nec tamen abſurdum eſt, eas correctas non fuiſſe, ac ſublatas: quia nullum per ſe continent peccatum; imò verò abſque peccato ſeruari poſſunt, licèt per accidens, vt loquuntur, peccet is qui facit contra conſcientiam propriam, autoritate legum nixus; ſicuti, verbi gratia in ea ſpecie, de qua loquitur Summus Pontifex in c. Inquiſitioni, de ſententia Excommunicationis nemo negauerit, iuſtam eſſe ſententiam Excommunicationis ab Eccleſia latam, apud quam non erat probatum impedimentum Matrimonij, & tamen Summus Pontifex dicit: [*Si alter coniugum pro certo ſciat impedimentum coniugij, propter quod ſine mortali peccato non valet carnale commercium exercere, quamuis illud apud Eccleſ. probare non poſſit, debere potius Excommunicationis ſententiam humiliter ſuſtinere, quam per carnale commercium* (propter conſcientiam) *peccatum operari mortale.*]

Ex his reſponſio patet ad cætera, ſi quæ ſunt argumenta: ad hæc enim omnia reducuntur: Atque ita ſentio, ſaluo Theologorum iudicio.

Capvt VI.

Quomodo accipiendum ſit, quod leges dicunt: Poſteriore Teſtamento imperfecto primum Teſtamentum perfectum tolli, quando in ſecundo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, Controuerſia dua.

Theodoſius legem edidit in hæc verba: [*Si quis autem Teſtamento iure perfecto, poſtea ad aliud venerit Teſtamentum, non aliàs, quod ante factum eſt, infirmari decernimus, quàm ſi id, quod ſecundò facere Teſtator inſtituit, iure fuerit conſummatum; Niſi fortè in priore Teſtamento ſcriptis ijs, qui ab inteſtato ad Teſtatoris hæreditatem, vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecunda voluntate Teſtator eos ſcribere inſtituit, qui ab inteſtato ad eius hæreditatem vocantur: eo enim caſu, licet imperfecta ſit ſcriptura poſterior, infirmato priore Teſtamento ſecundam eius voluntatem, non quaſi Teſtamentum, ſed quaſi voluntatem vltimam inteſtati valere ſancimus, in qua voluntate quinque teſtium iuratorum depoſitiones ſufficiunt: quo non facto, valebit primum Teſtamenmentum, licèt in eo ſcripti videantur extranei.*]. *Hactenus ille, in l. hac conſultiſſima. C. de Teſtament.*

Iam ad interpretationem huius legis primum pertinet illa quęſtio: an idem ſtatuendum ſit, ſi in ſecundo Teſtamento fuerint quidem inſtituti venientes ab inteſtato, ſed non omnes. Item illa; an idem reſpondendum ſit, ſi & in primo Teſtamento ijdem vel alij ab inteſtato venientes inſtituti fuerint.

Quod attinet ad primam: duę ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ; Prima, vt mihi videtur, communior; Non idem eſſe ſtatuendum, vbi non omnes ab inteſtato venientes inſtituti fuerint hæredes in poſteriori Teſtamento: neque enim ſufficere, vt vnus vel alter inſtituatur ex legitimis hæredibus, ſed inſtituendos eſſe omnes, vt locus ſit Theodoſianæ legi. *Ita docuit Cum. Alex. Iaſ. qui & alios commem. in Comentarijs eius loci, Clarus, §. Teſtam. q. 97.* Quorum illud

illud eſt fundamentum: quod Theodoſius indefinitè loquatur: ſi videlicet inſtituti fuerint in poſteriore Teſtamento: [*Qui ab inteſtato ad hæreditatem vocantur:*] Oratio autem indefinita, æquipollet vniuerſali, *l. ſi pluribus. ff. de leg. 2.* deinde, quia text. dicit: [*Secundam voluntatem* (Teſtatoris) *non quaſi Teſtamentum, ſed quaſi voluntatem vltimam inteſtati valere:*] ſi ergo valet tanquam ab inteſtato, ſequitur, omnes legitimos hæredes inſtituendos eſſe, ſicuti omnes ab inteſtato vocantur.

Altera eſt ſententia Franciſci Aretini, ad l. ſi filium qui in poteſtate. ff. de lib. & poſthum. ſufficere videlicet, ſi aliqui duntaxat ex legitimis hæredibus fuerint inſtituti. Fundamentum ponit, *in l. 2. ff. de iniuſto rupto, & irri. teſtam. & in l. poſthumus. ff. eod. tit.* quibus in locis idem ferè habetur, & Vlp. innuere videtur, ſufficere, ſi vnus ſit hæres inſtitutus in illis verbis: [*Niſi fortè poſterius, vel iure militari ſit factum, vel in eo ſcriptus ſit, qui ab inteſtato venire poteſt: tunc enim & poſteriore non perfecto, ſuperius rumpitur.*]

Si dicatur Vlpianum accipiendum eſſe eo in caſu, quo vnus duntaxat repetiatur ab inteſtato vocatus, reſpondet Aretinus; id nobis non conſtare, & merum eſſe vaticinium.

Ego communiorem ſententiam amplectandam cenſeo, non eo tantum argumento adductus, quod ex verbis legis Theodoſianæ ſumitur: illud enim non eſt ſatis firmum, ſed ex ratione ipſius legis. Hæc enim eſt ratio legis: quia fauorabiliores ſunt ab inteſtato venientes, quippe qui & à lege vocantur, & à Teſtatore, & quidem in poſtrema ipſius voluntate: quamobrem æquius eſſe videtur, eos hæreditatem obtinere, quàm extraneos: licèt extranei Teſtamentum proferant magis ſolenne & perfectum: Neque enim tanti ſolennia facienda ſunt, quanti æſtimari debet ipſa æquitatis ratio & iuſtitiæ, & ſimul voluntas defuncti. Hæc cùm ſit legis ratio vera, palàm eſt, eam tunc obtinere, cùm omnes legitimi hæredes in poſteriori Teſtamento vocantur: quia à defuncto, & à lege inuitantur ad ſucceſſionem.

Cæterùm, ſi aliqui duntaxat ex legitimis hæredibus inſtituti ſint, tanto fauore nequaquam ſunt digni; quippe qui à lege non ita vocantur, ſicuti à Teſtatore. Lex enim omnes in pari gradu exiſtentes ad ſucceſſionem vocat, non autem vnum vel alterum duntaxat, quemadmodum defunctus vocauit; Quare tunc veluti ceſſante legis ratione & fauore, ceſſare debet lex Theodoſiana, & aliæ leges obtinere, quibus ſancitum eſt; poſteriore Teſtamento ita demùm prius infirmari, quod perfectum eſt, ſi & ſecundum fuerit conſummatum & perfectum.

Nec magnam facultatem facit reſponſum *Vlp. in d. l. 2. ff. de iniuſto, rupto & irrito Teſtamento:* neceſſe eſt enim illud ita intelligere, cùm vnus tantùm extat legitimus hæres. Non eſt hoc vaticinium, ſed iniuſta & congrua interpretatio, vt patet ex dictis.

Quod attinet ad ſecundam quæſt. *Paul. Caſtrenſ. in conſil. 327. lib. 1.* de hac facti ſpecie reſpondit: Proponebantur duo Teſtamenta ad pias cauſas, quorum alterum perfectum, alterum imperfectum erat; Et quærebatur: an poſteriore Teſtamento ſublatum eſſet primum, licèt perfectum. Et reſpōdit ſublatum videri, & ad legem Theodoſij, quæ videbatur obſtare, quatenus requirit, vt in primo inſtituti ſint extranei, in ſecundo autem venientes ab inteſtato, reſpondit idem eſſe ſtatuendum, etiamſi in primo Teſtamento inſtituti ſint venientes ab inteſtato, & in text. d. legis Theodoſij ſubaudiendum eſſe verbum (*Maximè*) vt videlicet poſteriore Teſtamento, quo venientes ab inteſtato ſunt vocati, primum teſtamentum, quod iure perfectum eſt, tollatur, maximè, ſi in primo hæredes inſtituti ſint extranei.

Fundamentum Caſtrenſis eſt, quia poſtrema defuncti voluntas potiſſimùm ſeruanda eſt, *l. ſi mihi & tibi, §. in legatis 1.* Ergo præferenda eſt priori voluntati, licèt ſolennibus iuris magis ſit munita. Sententiam Caſtrenſis ſecutus eſt *Alexander, in conſil. 14. lib. 2. & iis adſtipulari videtur Vlpianus, in d. l. 2. ff. de iniuſto, rupto & irrito Teſtamēto,* quatenus

tenus ſimpliciter reſpondit, poſteriore Teſtamento minus ſolenni, primum, quod ſolenniter confectum eſt, tolli, ſi in eo ſcriptus ſit hæres, qui ab inteſtato venire poteſt. Neque enim illud etiam Vlpianus requirit, vt in priore Teſtamento inſtitutus ſit extraneus.

Sed non mihi placet hæc interpretatio & doctrina, *quemadmodum nec Alexandro, nec Aretino, ad d. l. hac conſultiſſima §. ſi quis autem. C. de Teſtam.* Etenim verba legis manifeſtè repugnant, nec non etiam ratio ipſius legis, quæ proximè allata eſt. Verba enim legis hæc duo ſimul exigunt: vt videlicet, in primo Teſtamento, quod ſolenniter conſcriptum eſt, extranei ſint hæredes inſtituti: in ſecundo autem minus perfecto & ſolenni inſtituti ſint venientes ab inteſtato. Id patet ibi: [*Niſi fortè in priore Teſtamento ſcriptis ijs, qui ab inteſtato ad Teſtatoris hæreditatem vel ſucceſſionem venire non poterunt: in ſecunda voluntate Teſtator eos ſcribere inſtituit, quia ab inteſtato ad eius hæreditatem vocantur. Eo enim caſu, &c.*] Ratio autem legis repugnat: quoniam cùm in primo Teſtam. inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, ipſi eodem fauore digni ſunt, & pro ſe habent defuncti Teſtatoris voluntatem & legem, quemadmodum & alij qui poſteriore Teſtamento ſunt vocati: quam ob rem, cùm cætera ſint paria, præualere debet Teſtamentum perfectum; quia ſecundùm Iuris Regulas non rumpitur poſteriori imperfecto.

Quod autem Caſtrenſ. dicebat, ſpectandam eſſe vltimam voluntatem, his regulis repugnat, quibus cauetur, vt iam dictum eſt, ita demùm poſteriorem voluntatem ſpectandam, ad priorem perfectam infringendam, cùm & poſterior iure perfecta eſt; nec aliter loquuntur leges ab eo citatæ.

Quod verò Vlp. *in d. l. 2. ff. de iniuſto, rupto & irrito Teſtamento.* non adhibeat illam diſtinctionem, quam adhibuit Theodoſius, parùm prodeſſe ſuæ cauſſæ poteſt: noſtræ verò ſententiæ nihil obeſt; ſiquidem aliàs leges alijs legibus declarari, diſtingui, elucidari, non eſt nouum, *l. non eſt nouum. ff. de legibus.* Igitur Vlp. reſponſum ex Theodoſij lege declarabitur.

Capvt VII.

Aliæ duæ Controuerſiæ de eadem re.

Pater Teſtamentum fecit ſolenniter, filiumque ſuum impuberum inſtituit hæredem, eidemque pupillariter ſubſtituit extraneum; poſtea Codicillum fecit, & quinque teſtibus præſentibus ſubſtitutionem factam reuocauit, ſubſtituitque eidem filio ſuo cognatos proximiores ab inteſtato venientes: quæritur, an poſterior ſubſtitutio in Codicillis facta priorem tollat in Teſtamento ſolenni comprehenſam.

Triplex eſt Doctorum ſententia. *Prima eſt Bartol. quem ſecuti ſunt Caſtrenſ. Fulgoſ. & Alexand. in Comment. l. hac conſultiſſima. §. ſi quis autem Teſtamento. C. de Teſtam.* poſteriori ſubſtitutione ſublatam priorem videri: *Fundamentum eſt in §. ſi quis autem Teſtamento.* Sicut enim prius Teſtamentum perfectum, in quo inſtituti ſunt extranei, poſteriore tollitur imperfecto coram quinque teſtibus facto, in quo venientes ab inteſtato, ſunt vocati; ita & ſubſtitutio, de qua agitur, ſublata eſſe videtur. Huc accedat, quòd ſubſtitutio, pupillaris in Codicillo facta videtur eſſe in Teſtamento facta, ſcilicet, pupillari Teſtamento, *§. Igitur, in Inſtitut. de pupillari ſubſtitutione.* Quod quidem pupillare Teſtamentum fieri poteſt etiam ſeorſim à Teſtamento patris, *l. ſi quis eum, 16. §. 1. ff. de vulgari & pupillari ſubſtit.*

Altera eſt ſententia Baldi, Angeli, Saliceti, & aliorum, quos commemorant Alexand. & Iaſon in Comment. dicti loci; In hac ſpecie, de qua agitur, poſteriorem ſubſtitutionem in Codicillis factam non valere, & ideo priorem non videri ſublatam. Fundamentum eſt, quia in Codicillis hæreditas neque dari, neque adimi directè poteſt, *l. 2. C. de Codicillis, §. Codicillum, in Inſtitutionibus, eodem titul.* in hac autem ſpecie noſtra hæreditas directè aufertur prioribus ſubſtitutis in Teſtamento, & datur alijs ſubſtitutis in Codicillis; igitur non valet, & conſequenter priorem ſubſtitutionem non infirmat.

Poſtrema eſt ſententia, quæ mihi cæteris pro-

ris probabilior videtur, Alexand. in d. §. ſi quis autem, poſt alios, quos commemorat, poſteriore ſubſtitutione in codicillis facta, ſublatam videri priorem, non quidem iure directo, ſed per fideicommiſſum, ita videlicet, vt ſubſtituti in Teſtamento, rogati eſſe videantur hæreditatem reſtituere ſubſtitutis in Codicillis. Fundamentum habet hæc ſententia ſatis firmum, *in l. Scæuola. ff. ad Trebell.* [*Si pater,* ait textus, *filium ſuum ex aſſe heredem ſcripſerit, eique Codicillis ſubſtituerit, deinde filius impubes deceſſerit, licèt ſubſtitutio inutilis ſit, quia Codicillis hereditas neque dari, neque adimi poteſt; tamen benigna interpretatione placet, vt frater qui ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur.*] Hactenus Iuriſconſ.

Quod quidem reſponſum ad quæſtionem noſtram rectè accommodari poteſt, in hunc ſanè modum, vt licèt inutilis ſit ſubſtitutio directa in Codicillis facta, benigna tamen interpretatione ij, qui in Teſtamenti ſubſtituti fuêre, atque adeò ipſi pupillo ſuccedere potetunt fideicommiſſo obligentur ijs, qui in Codic. ſubſtituti ſunt.

Ad argumentum prioris ſententiæ reſpondeo, textum in d. §. ſi quis autem, directè non comprehendere hanc ſpeciem, & licèt eadem ſit ratio in Codicillis, quæ in Teſtamento, præſertim cùm & poſterius Teſtamentum non valeat, vt Teſtamentum, ſed vt voluntas ab inteſtato defuncti; illud tamen eſt impedimento in quæſtione noſtra, quod in Codicillis hæreditas directè dari non poteſt, conſequenter ij, qui in Codicillis ſubſtituti ſunt, directè ſuccedere non poſſunt, ſed per fideicommiſſum, qua ratione rectè perpenſa, reſponſio patet ad argumentum alterius ſententiæ: nihil enim aliud probat, niſi ſubſtitutionem in Codicillis factam iure directo non valere, quod nos etiam concedimus atque defendimus: ſed valere tamen iure fideicommiſſi ex benigna quadam interpretatione, fatemur atque contendimus.

Altera eſt controuerſia. Pater Teſtamentum fecit, & liberis hæredibus inſtitutis in legitima portione, vel illis iuſtas ob cauſſas exhæredatis, extraneos inſtituit hæredes adhibitis ſolennibus teſtamentorum, poſtea aliud Teſtamentum fecit, in quo hæredes filios ſuos inſtituit, non adhibitis quinque teſtibus, ſed ſeruata tamen forma Nouellæ Iuſtiniani de Teſtamentis imperfectis, quæritur an poſteriore teſtamento ſic imperfecto, ſublatum eſſe videatur prius perfectum & ſolenne; Et quidem ſublatum non videri Oldradus, ſuboſcurè tamen, reſpondit, in conſil. 119. *Idem docuerunt Iaſon & Sichardus, in Comment. d. §. ſi quis autem.* Fundamentum eſt in eo textu, quatenus Imperator diſertè requirit, quinque teſtes in poſteriori Teſtamento, in quo venientes ab inteſtato inſtituti ſunt, inter quos proculdubio ſunt & liberi: Quare cùm in propoſita ſpecie quinque teſtes adhibiti non fuerint, primum Teſtamentum ſublatum non videtur.

Nec obſtat, ſi dicatur Teſtamentum inter liberos valere etiam ſine teſtibus, ſeruata tamen forma Nouellæ de Teſtamentis imperfectis: quia hic non tantum opus eſt vt valeat, verum etiam vt tollat præcedens Teſtamentum, quod videtur difficilius. Et ratio eſt, quia vbi nullum præceſſit Teſtamentum, tunc cauſa inteſtati iuuat cauſam teſtati, vt loquuntur Doctores noſtri, hoc eſt, quia liberi ab inteſtato ſucceſſuri ſunt, idcirco facilè conceditur Teſtamentum valere inter ipſos liberos confectum à parentibus: ſed vbi aliud præceſſit Teſtamentum, in quo alij hæredes inſtituti ſunt, hæc ratio ceſſat, quia defuncto ſuccedunt hæredes inſtituti, non autem liberi.

Sed contrariam ſententiam habuit Caſtrenſ. *in Auth. Hoc inter liberos. C. de teſtam.* Et Alex. *poſt Baldum, quem citat, in l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. C. eod. tit.*

Huius ſententiæ fundamentum eſt: quia tale teſtamentum imperfectum inter liberos ſine dubio valet. Si valet: ergo prius teſtamentum rumpitur, quia nemo poteſt decedere cum duobus teſtamentis validis, *l. poſthumus. §. ſi p. agamus. ff. de inuſto, rupto & irrito teſtamento.* Argumentum à ſimili affertur de teſtamento militis: Primum enim militis teſtamentum iure communi celebratum rumpitur poſteriore, quod iure militari

litaci conditum eſt, *l. eius militis. §. militia miſſus. ff. de militari Teſtamento.*

Mihi prior ſententia magis probatur, atque pro eiuſdem ſententiæ confirmatione perpendo totam ſeriem ac diſpoſitionem, *l. hac conſultiſſima. C. de Teſtamentis*, vbi Theodoſius primum recenſet ſolennia teſtamentorum in ſcriptis. Secundò ſtatuit teſtamentum illis ſolennitatibus carens, imperfectum eſſe. Tertiò ex imperfecto teſtamento defuncti voluntatem tantùm inter liberos tenere. Quartò commemorat ſolennia teſtamenti nuncupati, *vt in §. per nuncupationem*. Poſtremò, *in §. ſi quis autem vi*, ſtatuit primum teſtamentum perfectum poſteriore imperfecto non rumpi, niſi in primo extranei, in ſecundo autem venientes ab inteſtato inſtituti ſint, vt in ſecundo fuerunt quinque teſtes adhibiti.

Hoc poſtremum legis caput ad omne teſtamentum imperfectum referri debet, & ſic etiam ad teſtamentum imperfectum quod inter liberos factum eſt, de quo prius Imperator verba fecit, & ſic Theodoſius hoc vult, vt licèt teſtamentum imperfectum aliquando ſeruandum ſit, puta inter liberos, non tamen locum habere poſſit, vbi de priori teſtamento ſolenni rumpendo agitur, niſi hæc duo præterea concurrant: Nempè, vt in primo extranei ſint inſtituti; in ſecundo autem inſtituti ſint ipſi liberi, vel alij ab inteſtato venientes coram quinque teſtibus.

Quibus ritè perpenſis, patet contrariæ ſententiæ argumentum non obſtare: Neque enim bona eſt collectio: Teſtamentum inter liberos ita conditum valet: ergo tollit præcedens teſtamentum ſolenne: valet enim, ſi nullum præcedat teſtamentum, ſed non poteſt aliud præcedens teſtamentum infirmare.

Nec ſimile obſtat, quod affertur, à nonnullis ex *l. eius militis. §. militia miſſus*, quia nouiſſima voluntas militis teſtamentum eſt, vt ibi dicitur. Itaque in milite ea diſtinctio non adhibetur, quæ in cæterorum teſtamentis adhiberi ſolet: Vtrum nempè, prius teſtamentum perfectum ſit & ſolenne: noſtra autem quæſtio non eſt de milite.

Caput VIII.

Vtrum Theodoſij Conſtitutio, de qua in d. l. hac conſultiſſima. §. ſi quis autem teſtamento. C. de Teſtamentis. locum habeat. ſi quis Teſtamento facto extraneos hæredes inſtituerit; deinde quinque teſtibus adhibitis ſe inteſtatum decedere velle, & teſtamentum ſuum reuocare declarauerit. Et an primum teſtamentum reuocetur per ſecundum, ſi teſtator iurauerit ſe illud non reuocaturum.

QVidam teſtamentum fecit ſolennibus adhibitis, atque in eo hæredes extraneos inſtituit; deinde teſtibus quinque adhibitis declarauit, ſe illud reuocare velle, quoniam inteſtatus decedere in animo habet. Quæritur an prius teſtamentum perinde infirmetur ac ſi ſecundum ſcripſiſſet teſtamentum, atque hæredes ab inteſtato venientes inſtituiſſet.

Communis eſt ſententia reuocatum videri prius teſtamentum, *ita Alexander, in l. Sancimus. C. de Teſtamentis. Couarruuias ad Rubricam de teſtamentis, in ſecunda parte, verſic. Sexto concluſ. Alios citat Cardin. Franciſcus Mantica, de coniecturis vltimarum Voluntatum, lib. 2. tit. 15. num. 18.*

Et fundamentum eſt, quia is, qui vult inteſtatus decedere, cenſetur hæreditatem venientibus ab inteſtato relinquere, *l. conficiuntur. ff. de iure Codicillorum:* ſicut ergò primum teſtamentum eſſet reuocatum, ſi ſecundum condidiſſet hæredes, *vt in l. hac conſultiſſima. §. ſi quis autem. C. de Teſtamentis:* ita etiam reſpondendum videtur in hac ſpecie, in qua tacitè venientibus ab inteſtato hæreditatem reliquit.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Paulus Caſtrenſis & Fulgoſius *in d. l. Sancimus C. de Teſtamentis*, pendetque hæc iuris controuerſia ab ea quæſtione: An teſtamentum reuocetur ex eo, quòd teſtator declarauerit, ſe velle illud reuocare, ac inteſtatum decedere. Qua in re aliqua ſunt iuris loca, ex quibus deciſio colligi poſſit

in primis textus *in l. militis. §. Veteranus. ff. de militari Teſtamento*: [*Veteranus miles*, inquit Papinianus, *teſtamentum iure communi, tempore militiæ factum, irritum eſſe voluit, & inteſtatus eſſe maluit. Hæredum inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodem ſtatu manſiſſe placuit. Legata verò petentes exceptione doli mali ſecundùm ius commune ſubmoueri, cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur, & alioqui potior eſt in re pari, cauſa poſſeſſ.*]

Sententia legis hæc eſt. Teſtamentum minimè reuocari quantum ad inſtitutiones, & ſubſtitutiones, ex eo, quòd teſtator dixerit, velle ſe illud irritum eſſe, & inteſtatum decedere, ſed quantum ad legata, reuocatum cenſeri, & ideo legatarijs petentibus legata ex tali teſtamento, doli mali exceptionem obijci poſſe: Si tamen res legatas poſſideant, eorum cauſam meliorem eſſe: quia ſcilicet, non poterunt hæredes ab eis res legatas petere.

Secundus locus eſt *in l. prima. §. ſi hæres. ff. ſi tabulæ Teſtamenti nullæ extabunt.* Vlpianus: [*Si hæres inſtitutus non habeat voluntatem* (defuncti) *vel quia inciſæ ſunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel qua alia ratione teſtator voluntatem mutauit, voluitque inteſtato decedere: dicendum eſt ab inteſtato rem habituros eos, qui bonorum poſſeſſionem acceperunt.*]

Hic locus videtur contrarius præcedenti: Hoc enim Vlpianus vult: Hæreditatem pertinere ad venientes ab inteſtato, propterea quòd teſtator priori mutata voluntate declarauerit ſe velle inteſtatum decedere.

Tertius locus eſt *in §. ex eo*, in Inſtitutionibus. Quibus modis Teſtamenta infirmentur: [*Ex eo autem ſolo*, inquit Imperator, *non poteſt infirmari teſtamentum, quod poſtea teſtator id noluerit valere, &c.*]

Hic locus videtur eſſe ſimilis primo, quem citauimus.

Quartus locus eſt in l. *Sancimus. C. de Teſtamentis.* vbi Iuſtin. ita dicit: [*Si quidem perfectiſſima eſt ſecundi teſtamenti confectio, ipſo iure tollitur primum teſtamentum: Si autem teſtator tantummodò dixerit, non voluiſſe prius ſtare teſtamentum, vel alijs verbis vtendo, contrariam apparuerit habuiſſe voluntatem, & hoc vel per teſtes idoneos, non minus tres, vel inter acta manifeſtauerit, & decennium fuerit emenſum, tunc irritum eſſe teſtamentum tam ex contraria voluntate, quàm ex curſu temporali, &c.*]

Sunt igitur tria iuris loca, ex quibus probatur: Teſtamentum non reuocari ex eo ſolo, quòd Teſtator dixerit: ſe nolle illud valere, ſed potiùs inteſtato decedere; ex quibus planè efficitur, vt in quæſtione propoſita Fulgoſij & Caſtrenſis ſententiam iuri magis conſentaneam eſſe non dubitem: Si enim Teſtamento illo modo reuocari non poteſt, niſi & decennale tempus concurrat, ſequitur dicendum in propoſita quæſtione, reuocatum non videri.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores proximè allatas loqui, quoties teſtator tres tantùm adhibuerit teſtes in reuocando teſtamento autoritate d. l. *Sancimus*, ibi. [*Et hoc vel per teſtes idoneos, non minus tres, &c.*] Non rectè; Quia idem vult textus *in d. l. Sancimus.* Etiamſi eſſent plures teſtes quàm tres; Illa enim verba; [*Non minus tres,*] ſignificant, non pauciores eſſe oportere quàm tres, ſed tamen idem eſſe reſpondendum, licèt ſint plures quàm tres.

Non obſtat textus *in d. l. 1. §. ſi hæres, ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt*: quia Iuriſconſultus ibi non docet ex profeſſo; Teſtamentum irritum fieri ex eo, quòd teſtator illud reuocet, & velit inteſtatus decedere: ſed præcipua eius mens ac intentio eſt, explicare: Vtrum ab inteſtato venientes, qui bonorum poſſeſſionem acceperunt excludere aliquando poſſint hæredem ſcriptum: & reſpondit, poſſe, ſi hæres ſcriptus non habeat defuncti voluntatem, vt puta, ſi tabulę teſtamenti ſint inciſę, vel cancellatę à teſtatore, vel ſi qua alia ratione voluntatem teſtator mutauerit, volueritque inteſtatus decedere. Quæ autem ſit illa ratio. I. C. non declarat, neque verò illa ratio eſſe poterit: Si videlicet teſtator dixerit, ſe velle inteſtatum decedere: quia hæc ſola non ſufficit ad infirmandum teſtam. prius confectum, vt iam dictum eſt; ſed hoc intelligere oportet, ſi teſtator aliquid aliud fecerit ſimile inciſioni & cancellat. tabul. ex quo manifeſtum ſit, ipſum mutaſſe voluntatem, vt puta, ſi

teſtium

teſtium ſigilla, vel ſubſcriptionẽ, vel partem ſcripturę teſtamenti lacerauerit, dixeritque ſe velle inteſtatum decedere: tunc enim irritum efficitur teſtamentum, *l. penultim. C. de teſtamentis.*

Non obſtat text. *in d. l. hac conſultiſſima, §. ſi quis autem.* loquitur enim de eo, qui poſt primum teſtamentum aliud fecit. Et licèt eadem ratio eſſe videatur etiam in hac ſpecie, tamen illud eſt impedimento, quòd ſecundùm iuris regulas primum teſtamentum ex eo ſolo non rumpitur, quòd poſtea teſtator dixerit, ſe nolle illud valere.

Quod attinet ad alteram quæſtionem; ſunt qui exiſtiment primum teſtamentum iuramento non obſtante, reuocari, ſunt qui negent; ſunt qui reuocari quidem putent, ſed teſtatorem in periurium incidere. *Vide Couarruuiam, ad Rubricam de teſtament. in 2. parte, num. 9. Et Iulium Clarum, §. Teſtamentum, quaſt. 94.*

Qui reuocari putant, eo mouentur argumento, quòd iuramentum ſequitur naturam actum, ſuper quo interponitur, *l. vltim. C. de non num. pecun.* hæc autem eſt natura teſtamenti, vt reuocari poſſit. qui verò negant, iuramento nituntur, & is, quæ pro eius efficacia, & virtute Sacris Canonibus conſtituta ſunt, *c. cùm contingat de iureiur. cum alijs ſimilibus.*

Sed mihi magis probatur reuocari poſſe, quamquam temerè iurantem, hoc modo à peccato excuſare non poſſim, *ex notatis in c. vltim. de Procuratorib. lib. 6.* Etſi enim iuriſiurandi magna ſit virtus & efficacia, in contractibus, & cæteris conuentionibus, non tamen eandem eſſe in actibus, qui ex ſola voluntate facientis pendent, iudico, quantum ad hoc, vt reuocari non poſſint. Illud non probo, quod nonnulli aſſerunt, tale iuramentum eſſe contra bonos mores: quia liberam teſtandi facultatem impedit. *ex l. ſtipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. oblig.* Neque enim illa lex ad hunc caſum rectè accommodari poteſt, & ſi quæ aliæ ſunt ſimiles leges: quia de ſtipulante & paciſcente loquuntur, qui liberam teſtandi facultatem alijs præripere conatus eſt.

CAPVT IX.

Vtrum teſtamentum ex cauſa exhæredationis filiorum ſit nullum.

VARIÆ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ, ſi paterfamilias Teſtamento factos ſuos exhæredauerit liberos, an valeat teſtamentum. Et quidem nequaquam valere, ſi exhæredationis cauſæ non adſcribantur, vel adſcriptæ non probentur, docuit olim Martinus Gloſſator, & Iacobus Beruiſius, quorum ſententiam de iure veriorem eſſe ſcribit Aretinus *in Commentarijs Authent. Non licet, C. de lib. prater.*

Cæterùm, communior ſententia eſt, diſtinctionem adhibendam eſſe, in hunc modum. Vt ſi quidem nulla exhæredationis cauſa teſtamento fuerit inſerta, vel talis cauſa inſerta fuerit, quæ legitima non ſit, ac ſufficiens, tunc teſtamentum ſit nullum: ſi verò cauſa legitima inſerta ſit, ſed probari ab hærede non poſſit, tunc teſtamentum conſiſtat, ſed tamen reſcindi per querelam de inofficioſo poſſit. *Ita docuerunt Bartol. Alex. Iaſ. num. 18. Cagnolus num. 75. in Authent. Ex cauſa, C. de liber. prater. Iulius Clarus, §. Teſtamentum, quaſt. 40.*

Tertia denique eſt ſententia, in omnibus his caſibus teſtamentum quidem valere: cæterùm querela propoſita reſcindi tanquam inofficioſum poſſe. *Ita docuere Fulgoſius in commentarijs d. Auth. ex cauſa. Ioan. Imolenſis ad l. 1. ff. de Teſtamentis. Vigliusad Inſtitutiones, titulo de inofficioſo teſtamento, in principio. Vaſquius de ſucceſsionum creatione, par. 1. lib. 2. §. 20. num. 162. Et eo eandem ſententiam inclinare videtur Couuar. ad c. Raynutius, in prin. num. 6. de teſtamentis. Adde Duarenum in commentarijs ad tit. C. qui teſtam. facere poſ. c. 3. ad titulum de inoffic. teſtamento.*

Atque hanc ſententiam poſtremo loco relatam, ego veriſſimam eſſe iudico, quàm breuiter confirmabo; deinde argumentis contrarijs reſpondebo.

Probatur igitur hæc ſententia primò, quia certum eſt ante Nouellam Iuſtin. *de qua in §. aliud quoque capitulum, in Auth. Vt cùm de Appellatione cognoſcitur.* eiuſmodi teſta-

mentum inofficioſum appellari poſſe, ac proinde reſcindi per querelam, non autem nullum eſſe & inualidum, *id patet ex toto ferè titul. ff. & C. de inofficioſo Teſtamento.* ergo nullo alio argumento nullum eſſe demonſtrari poteſt, quàm ex dicta Nouella Iuſtiniani, ſed in dicta Nouella ius antiquum non corrigitur à Iuſtiniano circa querelam inofficioſi teſtamenti, quòd ſanè ius antiquum, ſi tollere voluiſſet Imperator, vel aliqua ex parte mutare, æquum fuiſſet id exprimere, ſicuti expreſſit, dum cauſas iuſtas exhæredationis & præteritionis conſtituit. Et ſanè cuilibet vel mediocriter verſato in lectione Nouellarum notum eſſe poteſt, eum eſſe morem Iuſtiniani, vt nunquam ius antiquum emendet ac mutet, niſi præmiſſa præfatione, & cauſis quibus ſe inductum fuiſſe commemoret. Quamobrem cùm in tota illa Nouella nullum ſit verbum, ex quo talis correctio & mutatio deprehendatur, non eſt à nobis temerè inducenda.

Secundò probatur ex verbis d. Nouellæ Iuſtinia. in §. ſin autem hæc obſeruata non fuerint, ibi: [*Sed quantum ad hoc non reſciſſum teſtament. &c.*] Et rurſus ibi: [*Et reſciſſo teſtamento, &c.*] his enim verbis indicatur teſtamentum reſcindi poſſe, & conſequenter nullum dici non poſſe; quia id quod nullum eſt reſcindi non poteſt, *l. nam etſi ſub conditione, ff. de iniuſto, rupto & irrito teſtament.*

Nec valet reſponſio illa: Reſcindi poſſe teſtam. impropriè, quatenus de facto proceſſit: ſicuti & alibi id quod nullum eſt, reſcindi dicitur, *l. 1. ff. de Ferijs, l. 1. ff. quæ ſent. ſine appellat. reſcindantur.* Nam nulla ſuppetit ratio in d. Nouel. ita accipiendi verbum, reſcindi, quod cùm propriè referatur ad actum validum, qui tamen infirmari poteſt, noſtrum non eſt à proprietate verbi recedere: præſertim cùm ex hoc inducatur correctio legum antiq. ſed potius ſequi nos proprietatem oportet, vt eam euitemus correctionem. Nec bona eſt conſequentia. Verbum aliquod alibi in eo ſenſu accipiendum eſt: igitur & hoc in loco: alijs enim locis conuenire poteſt, & congruere illa interpretatio, non autem huic loco.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ ſumitur ex §. Aliud quoque capitulum, Nouellæ ſupradictæ, in illis verbis [*Sancimus igitur, non licere penitus patri, vel matri, auo vel auiæ, &c. filium ſuum, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento, niſi forſitan probabuntur ingrati: & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento, &c.*] Ergo niſi hæc obſeruata fuerint, teſtamentum eſt nullum, veluti factum contra legem, *argumento l. non dubium, C. de legibus, & l. cùm lex. ff. de fideiuſſoribus.*

Reſpondeo: Teſtamentum non eſſe nullum, ſed reſcindi poſſe per querelam. Nam & olim ſine iuſta cauſa non licuit parentibus filios exhæredare, & tamen teſtamentum valebat, ſed reſcindi poterat: hoc enim ſufficit in eum qui legis præcepta non obſeruat, conſtituere, vt ſcilicet actus effectu non conſiſtat, & infirmari poſſit.

Secundum argumentum eſt ex eadem Nouella, in §. ſiue igitur, vbi Imperator ſtatuit; Teſtamentum ſuam habere firmitatem, ſi parentes vnam, vel plures ex cauſis ibi enumeratis expreſſerint in exhæredatione liberorum, & ſcripti hæredes eam probauerint: Ergo à contrario ſenſu nullum eſt Teſtamentum, ſi hæc ſeruata non fuerint.

Reſpondeo: Non hoc ſequi, ſed teſtamentum, ſuam firmitatem non habiturum, quia videlicet reſcindi poterit, cauſis autem expreſſis & probatis nequaquam, & ſic argumentum à contrario ſenſu rectè ſumetur.

Tertium argumentum eſt ex eadem Nouella, vbi Iuſtinianus poſt §. ſiue igitur, ita dicit: [*Si autem hæc obſeruata non fuerint, nullum liberis exhæredatis præiudicium generari.*] ſi enim nullum generari poteſt præiudicium: ergo teſtamentum non valet: Nam ſi valeret, aliquod præiudicium generaretur, ſi vel tempore conſtituto querela inofficioſi teſtamenti non proponeretur, vel filius exhæredatus antequam eſſet præp[...]ta, moreretur.

Reſpondeo, nullum fieri præiud[...] cum liberis exhæredatis, ſcilicet ſi quere[...]am pro-

p[...]c-

poſuerint tempore conſtituto, non autem ſi teſtamentum approbauerint. Nam etſi nullum eſſet teſtamentum, & ipſi illud approbarent, præiudicium oriretur. Fateor vtilius eſſe liberis, ſi teſtamentum ſit nullum, quàm ſi ſit inofficioſum: ſed non proptereà inferri poteſt, nullum eſſe, & querela opus non eſſe: quia ſatis eſt, ſi propoſita querela, quam proponendi liberam habent poteſtatem, vt teſtamentum reſcindatur, liberi poſſint impetrare, & ea ratione ſuæ indemnitati proſpicere.

Quartum argumentum eſt ex eadem Nouella poſt §. ſiue igitur. in illis verbis: [*Sed quantum ad inſtitutionem heredem teſtamento euacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab inteſtato peruenire.*]

Reſpondeo, euacuato teſtamento, ſcilicet, per querelam. Nam per eam reſcinditur & exinanitur teſtamentum, & res ad cauſam inteſtati reducitur.

Poſtremum argumentum eſt ex eodem §. ſiue igitur. in illis verbis: [*Si tales igitur cauſas vel vnam ex his liberi teſtamentis inſcripſerint, & ſcripti ab iiſdem heredes eam probauerint, teſtamentum in ſua firmitate manere præcipimus: ſi autem hæc omnia non fuerint obſeruata, nullam vim huiuſmodi teſtamentum, quantum ad inſtitutionem heredum habere ſancimus.*]

Reſpondeo, nullam vim habere, quia reſcindi poterit, id patet ex verbis ſeq. ſtatim enim ſubdit text. [*Sed reſciſſo teſtamento, eis, qui ab inteſtato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari diſponimus.*]

CAPVT X.

Quomodo accipiendum quod dicitur in Authent. præterea, C. de lib. præter. ſi teſtamentum irritum ſit ex cauſa præteritionis & exheredationis, cætera tamen firma manere.

CONtrouertitur autem quomodo ſit accipiendum, quod dicitur in d. Auth. præterea, cætera in teſtamento contenta præter inſtitutionem firma manere; vtrum ſcilicet, in ea parte ita teſtamentum conſiſtat, vt ex eo naſcatur actio legatarijs & fideicommiſſarijs. Duplex eſt Doctorum ſententia. Vna crebrior, vt mihi videtur, agendum eſſe ex teſtamento, *ita Bart. Caſt. Alex. Iaſ. Corneus in Commentarijs d. Auth. præterea, C. de liber. præter. Andr. Gaill. lib. 2. obſeru. 113. ad finem.*

Fundamentum eſt in §. ſiue igitur, in Authent. vt cùm de appel. cogn. ibi, [*tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.*]

Secunda eſt ſententia Dyni, Cyni & Petri, actionem ex teſtamento non oriri, ſed agendum condictione ex lege. Fundamentum eſt: quia nemo poteſt decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, ſecundùm vulgarem Iuris Regulam. Igitur cùm teſtamentum, quantum ad inſtitutionem, ſit irritum, valere non poteſt, quò ad cætera in ea diſpoſita, licet cætera firma maneant, ac præſtari debeant. Non enim ex teſtamento peti poterunt, ſed condictione ex lege tanquam ab inteſtato. Præſertim verò, quòd ex lege firmantur, & cùm aliquid confirmatur, agendum ſit ex confirmante, non ex confirmato, *argum. l. aſſe toto. ff. de hered. inſtit. l. ſi quis priore. ff. ad Trebel. l. poſthum. 1. vlt. ff. de iniuſto, rupto & irrit. teſtam.* Huc accedat quod textus in d. §. ſiue igitur, non abſolutè dicit, teſtamentum in ea parte valere, ſed inquit, [*Et tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.*] Illa dictio, tanquam, eſt improprietatis nota, ſecundùm Albericum, in Dictionario, in verbo, tanquam. Denique, nemo poteſt decedere, cum duobus teſtamentis validis, ſed ſi poſterius valet, tollitur prius, §. *poſteriore, in Inſtitut. quibus modis teſtam. infirm.* Si quis ergo vnum faciat teſtamentum, deinde aliud, in quo filium exhæredet, hoc ſecundum teſtamentum, cùm ſit irritum, non poterit præcedens tollere, ergo præcedens manebit firmum, & ſimul quoque poſterius, quantum ad cætera in eo diſpoſita præter inſtitutionem.

Verum iſtis nihil morantibus, communem ſententiam veriorem eſſe iudico, & ad primum contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo: ab initio quidem neminem poſſe decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum; ſecùs ex poſt facto, *l. cer-*

l. circa. ff. de inofficioſo teſtamento. Ergo pro parte rumpi teſtamentum poterit, defuncto teſtatore, & pro parte obtinere; Et cùm hac de re clare ſit Conſtitutio Iuſtiniani, nullatenus ambigendum videtur. Nam & ſtatuto obtineri poſſe, vt teſtamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, optimè probat Decius *ad l. ius noſtrum, ff. de reg. iuris.* Quod verò dicebatur ex confirmante agendum, non ex confirmato, non ſemper verum eſt, id patet: quia cùm pactum à lege confirmatur, ex pacto agitur, *l. legitima, ff. de pact.* Et ratio eſt; quia, ſi teſtamentum, quod reſcindi poterat, ita confirmatur à legé, vt valeat, nec reſcindi poſſit, ſine dubio illud, tanquam validum actionem producit, ſicut cætera teſtamenta. Et dictio, Tanquam, aliquando eſt veritatis nota, vt docet Albericus loco annotato. Ad vltimum argumentum reſpondeo: ſi talis proponeretur facti ſpecies: primum teſtamentum vires habiturum, non ſecundum; quippe quod in omnibus non conſiſtat, nec aliter poſteriore teſtamento prius infirmetur, quam ſi poſterius voluerit. *Vide Angel. inter conſilia Petri Ancharani, conſil. 203.*

CAPVT XI.

Cùm teſtamentum eſt nullum, ex cauſa præteritionis filij, vel inofficioſum, ex cauſa exhæredationis; vtrum filius, qui ab inteſtato vindicat hæreditatem, eam reſtituere teneatur hæredibus in teſtamento ſcriptis virtute Clauſulæ codicillaris in teſtamento adiectæ.

COMMVNIS eſt ſententia; filium, qui ab inteſtato vendicat hæreditatem, eam ob cauſam, quòd ſit exhæredatus, vel præteritus in teſtamento, vigore clauſulæ codicillaris fideicommiſſo teneri ad reſtituendam ſcriptis hæredibus hæreditatem, detracta, ſcilicet, legitima. *Vide Bartol. in Authent. ex cauſa, C. de liber. præter. in l. 1. num. 9. ff. de iur. codicil. Caſtrenſ. Alex. Iaſ. & alij, de quibus per Gabr. commun. concluſ. tit. de clauſulis, concluſ. 7. & Iulium Clarum, in §. teſtamentum, quæſt. 46.*

Et fundamentum eſt primò in l. ex ea, §. 1. de teſtam. Paulus: [*Ex his verbis quæ ſcriptura paterfamilias addidit; Hoc teſtamentum ratum eſſe volo, quacunque ratione poterit videri eum voluiſſe, omnimodò valere ea, quæ reliquit, etiam ſi inteſtatus deceſſiſſet.*]

Secundò, quia codicillaris clauſula idem operatur, ac ſi teſtator venientes ab inteſtato rogaſſet, vt hæreditatem ſcriptis hæredibus reſtituerent, l. vlt. C. de codicillis, [*Illud quoque pari ratione ſeruandum eſt, & cæt.*] Sed ſi ita rogaſſet expreſsè venientes ab inteſtato, vt ſcriptis hæredibus reſtituerent hæreditatem, nullum videretur eſſe dubium quin fideicommiſſum præſtandum eſſet, *l. ſi quis cùm teſtamentum, C. de iure codicil.* Ergo idem reſpondendum, vbi clauſula codicillaris teſtamento adiecta eſt.

Verùm huic communi ſententiæ vt aſſentiri non poſſim facit tex. in l. Titia, ff. de inoffic. teſtam. Sceuola: [*Titia filiam hæredem inſtituit, filio legatum dedit: eodem teſtamento ita cauit: Ea omnia, quæ ſuprà dari fieri iuſſi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve poſſeſſore, qui mihi erit etiam iure inteſtato. Item quæ dari iuſſero, ea vti dentur fiantque fidei eius committo, quæſitum eſt, ſi ſoror centumuirali iudicio obtinuerit, an fideicommiſſa ex capite ſuprà ſcripto debeantur. Reſpondi, ſi hoc quæratur: an iure eorum quos quis ſibi ab inteſtato heredes, bonorumve poſſeſſores ſucceſſuros credat, fideicommittere poſſit? Reſpondi poſſe Paulus notat, probat autem nec fideicommiſſa ab inteſtato data deberi, quaſi à demente.*]

Vides hic, quod Paulus docuit in l. ex ea, §. 1. ff. de teſtam. non probari eidem Paulo in hac, de qua agitur, ſpecie: quia fideicommiſſum à demente factum videtur. Et ſanè leges, quæ teſtamentum has ob cauſſas reſcindunt, & filijs præteritis, ſiue exhæredatis ab inteſtato ſucceſſionem deferunt, quodammodò eluderentur, hac, de qua agimus, cautela Clauſulæ codicillaris, omniſque minueretur ferè honor liberis debitis ex honorabili inſtitutionis titulo, ſi reſciſſo teſtamento hæreditatem nihilominus reddere ſcriptis hæredibus cogerentur.

Idem docet Scæuola in l. patronus. §. vlt. ff. de leg. 3. [*Apud Scæuolam* (inquit tex. lib. 18.

Digeſtorum, Claudius notat, nec fideicommiſſa ab inteſtato data debentur ab eo, cuius de inofficioſo teſtamento conſtitiſſet: quia crederetur quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſe, ideoque nec aliud quid pertinens ad ſuprema eius iudicia valet.]

Dicebam olim, ſublatam eſſe hanc rationem, qua nititur l. Titia. ex Iuſtiniani Nouella, ſtatuentis cætera in teſtamento contenta, præter inſtitutionem, firma manere. Sic enim præſumi ac cenſeri non poſſunt, veluti à demente ordinata, alioqui firma non manerent. Correcta autem ac ſublata ratione legis, videri ſublatam & correctam legem, *vt docet Gloſſ. in l. 1. ff. de legit. tutor. Iaſon ad l. poſthumum. num. 18. C. de bonor. poſſeſſ. contra tabul.*

Sed iam non placet hæc reſponſio, quia procedere poteſt, quò ad alia in teſtamento ordinata præter inſtitutionem, hic verò eſt quæſtio de ipſa inſtitutione, an vigore clauſulæ codicillaris conuertatur in fideicommiſſum: Et de hac re nihil Iuſtinian. ſtatuit, ſed de alijs duntaxit legatis & fideicommiſſis, quæ in teſtamento continentur. Et ratio eſt, quia teſtator nil peccauit circa reliqua legata & fideicommiſſa, ſed duntaxat circa ipſam inſtitutionem, meritò illa irrita efficitur non cætera legata: Si irrita efficitur & corruit, non facilè intelligo, quomodo poſſit ad fideicommiſſum trahi; Non lex, non ratio id ſuadere poteſt. Quare à communi ſententia recedendum puto vna cum Accurſio *in Authent. ex cauſa, C. de lib. præter.* & cum multis alijs *à Gabrielio citatis loco annotato. Adde Burſatum in conſil. 15. num. 8. lib. 1.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo: concedo eam eſſe regulariter vim clauſulæ codicillaris, ſed nego eam in propoſita ſpecie obtinere; quia præſumitur in ea re fuiſſe teſtator furioſus, ac non ſanæ mentis.

Ad ſecundum reſpondeo, ſi paterfamil. rogaſſet filios ſuos, qui ab inteſtato ſuccedunt, vt hæreditatem illis reſtituerent, tunc omnia ſalua fore, & filios retenta legitima portione, quæ de reſtitutione excipienda eſt, *iuxta §. Quamobrem, in Authent. de reſtit. & ea quæ parit, &c.* Reſtituturos hæreditatem, quia nihil continet abſurdi illa diſpoſitio ac ac voluntas teſtatoris. Filij enim ſunt hæredes; ſicut lex præcipit, & fideicommiſſo grauati, quod lex non vetat. At vbi filijs præteritis vel exhæreditatis alius hæres inſtituitur, manifeſtus eſt dementiæ teſtatoris prætextus, ac cui per codicillarum clauſulam prouideri non poteſt.

CAPVT XII.

Vtrum clauſula codicillaris teſtamento adiecta operetur, vt poſthumus ignoranter præteritus, qui teſtament. rumpit, teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem ex fideicommiſſo.

SVbnectam his vulgarem, ſed arduam & celebrem controuerſiam de poſthumo ignoranter præterito; an, etſi rumpat teſtamentum, teneatur tamen ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem vigore clauſulæ codicillaris teſtamento adiectæ, legitima ſcilicet, vel etiam, ſecundùm aliorum ſententiam Trebellianica detracta, Bartolus reſpondit, non teneri; *in l. 1. num. 10. ff. de iure Codicillor.* quem multi ſecuti ſunt, & multi reprobarunt, *vt videre licet ex Alexand. in conſ. 50. lib. 6. Crauet. in conſ. 34. Tiraq. ad l. ſi vnquam, in verbo, Donatione largitus, num. 269. C. de reuoc. donat. Antonio Gabriel. commun. concluſ. tit. de clauſulis, concluſ. 8. num. 8. Rolando à Valle, in conſ. 7. lib. 4. Cagn. in Authent. ex cauſa, C. de libe. præter. Iulio Claro §. teſtamentum, q. 46. Burſato, in conſ. 15. Andrea Gaill, lib. 2. Obſeruat. 114. Omnium latiſſimè Anton. Teſſauro, deciſ. Pedem. 141. Menoch. conſil. 499. lib. 5. & de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 32.*

Argumenta Bartoli & ſequacium hæc ſunt. Donatio inter viuos reuocatur filiorum natiuitate, *l. ſi vnquam, C. de reuoc. donat.* Ergo multò magis fideicommiſſum, quod in clauſula codicillari continetur. Nam donatio ex conſenſu duorum perficitur, nempè donantis, & donatarij; Fideicommiſſum autem ex conſenſu vnius tantum, nempè defuncti, & conſequenter difficiliùs reuocari debet, quam fideicommiſſum, *argumento eorum quæ notantur in l. 1.*

C. de pactis. Duplex enim funiculus magis ligat, &c.

Secundò in teſtamento militis, quod iure communi confectum eſt, tacitè ineſt illa clauſula: Vt, ſi non poſſit iure communi valere, iure militari valeat, *l. 3. ff. de milit. teſtament.* & tamen poſthumi ignoranter præteriti natiuitate, rumpitur, *argum. l. qui iure militari, ff. eodem tit. & l. ſi cum veſtin vtero, C. eod.*

Tertiò, legata non debentur à poſthumo ignoranter præterito, vbi alius hęres inſtitutus eſt, & ipſe cohæres efficitur, quia videlicet de eo teſtator non cogitauit *l. qui graui, l. penult. ff. de iure codicillor.* Ergo multò minus fideicommiſſum ipſius hæreditatis debebitur, neque enim veriſimile eſt, defunctum teſtatorem voluiſſe poſthumo, de quo non cogitauit, tale fideicommiſſum iniungere, vt hæreditatem reſtituat hæredi ſcripto.

Quartò, hæc confirmatur ex eo, quod non præſumitur teſtatorem voluiſſe alienam ſobolem ſuæ anteponere, atque adeò bona ſua peruenire ad hæredes ſcriptos, excluſis filijs proprijs, *argumento l. cùm acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. l. generaliter, C. de inſtit. & ſubſtitut. l. ex teſtamento, ff. de vul. & l. ſi is qui ducenta, §. item ſi pater, in fine. ff. de rebus dubijs.* Videretur autem iſtud voluiſſe, ſi Clauſula codicillaris in hac ſpecie id efficeret, vt filius poſthumus videretur eſſe grauatus fideicommiſſo bona reſtituere ſcriptis hæredibus.

Fundamentum autem contrariç ſententiæ eſt in eo poſitum, quod per clauſulam codicillarem teſtator videtur velle, (præſertim cùm verbis ad futurum tempus reſpicientibus concepta eſt) vt in teſtamento diſpoſita iure fidei commiſſi effectum habeant, ſi teſtamentum quomodocunque infirmetur, *l. vlt. C. eod.* Cùm igitur ob poſthumi præteritionem teſtamentum rumpatur, videtur ipſe poſthumus tanquam proximior & hæres ab inteſtato quaſi ex Codicillis, rogatus, fideicommiſſo hæreditatem reſtituere ſcriptis hæredibus.

Confirmari poteſt hoc argumentum ex eo, quòd licèt poſthumus natus teſtamentum rumpat, non tamen rumpit Codicillos, & fideicommiſſa præſtare tenetur, *vt in l. ſi quis cum nullos. §. ſed & ſi poſt Codicillos. l. conficiuntur. §. ſi poſt factum, l. qui graui, & l. penultim. ff. de iure codicill.* Denique iuuare hanc ſententiam videtur text. *in l. generaliter. §. ex teſtamento. ff. de fideicommiſſ. libert.* vbi rupto teſtamento poſthumi natiuitate, libertates deberi, probatur, cùm à legitimis quoque hæredibus relictæ ſunt.

Ego iuri & æquitati magis conſentaneam exiſtimo priorem ſententiam, quam Bart. amplexus fuit, & multi alij ſecuti ſunt. Et moueor tum argumentis allatis, tum hac potiſſimùm ratione, quòd cùm nulla lex propoſitam hanc facti ſpeciem decidat, ex iuris & æquitatis ratione decidendam neceſſariò eſſe. Illa verò maximè pugnat pro ſententia Bart. ſiue etiam teſtatoris defuncti expreſſam voluntatem contemplemur, ſiue id, quod veriſimile eſt ipſum facturum fuiſſe, ſi de poſthumo naſcituro cogitaſſet, ſiue re ipſius æquitatem & iuſtitiam intueamur, procul dubio exiſtimabimus poſthumum teſtatoris filium, fideicommiſſo de quo agitur, grauatum non videri. In expreſſa enim teſtantis voluntate, quæ teſtamento continetur, nullum eſt verbum de fideicommiſſo poſthumo naſcituro iniungendo; immò verbum nullum, nulla prorſus de poſthumo cogitatio. Quod ſi de naſcituro filio cogitaſſet teſtator, qui defunctus eſt, quis eſt interpres tam durus voluntatis paternæ, qui eam in alios magis, quàm in proprium ſanguinem propenſuram exiſtimare velit? Si iuſtitiam ipſam & æquitatem reſpiciamus, hæreditatem rupto teſtamento ſecundùm lèges filio attribuemus; Cæteris quidem legatis ſaluis, prout magis videbitur eiuſdem defuncti voluntati conuenire. Cęterùm inſtitutione prorſus irrita effecta, non autem ex fideicommiſſo vires habitura. Quæ enim eſt hęc ſubtilitas, quę legum iuſtitiæque ordinem peruertit?

Non me deterret ab hac ſententia virtus ordinaria clauſulæ codicillaris, quaſi argumento ſit teſtatorem ſaltem in genere cogitaſſe de caſu iſto, quo poſthumi natiui-

tiuitate teſtamentum rumpi ſolet. Quomodo enim de hoc cogitare potuit teſtator, qui de poſthumo nihil cogitabat, quem ignorabat ſe habiturum, & quem ſi habiturum ſperaſſet, proculdubio hæredem feciſſet? Aut quanti momenti eſt imaginaria iſthæc cogitatio generalis, vt honeſtati, rationi, & æquitati præferatur, filijs hæreditatis emolumentum auferat, alienis largiatur?

Non offendunt hanc ſententiam leges, quæ docent poſthumum codicillos non rumpere. Cur enim rumperet codicillos, in quibus nec alijs directè data eſt hæreditas nec ipſi adempta: neque enim dari, aut adimi directò poteſt, §. *codicillis, in Inſtit. de codicillis*. At in hac ſpecie de teſtamento agitur, in quo alij, poſthumo ipſo præterito, inſtituti ſunt hæredes. Hoc verò, ſi rumpit poſthumus, vt certum eſt, qui fieri poteſt vt illud per obliquum exequi cogatur? Fac parentem de poſthumo cogitaſſe, tum codicillos feciſſe, quibus poſthumi fideicommittat, vt alijs hæreditatem reſtituat: tunc concedam natum poſthumum codicillos non rumpere, exequi parentis codicillos oportere, Si non cogitauerit de poſthumo defunctus: tunc non equidem natus ille, rumpet codicillos, ſed non eos exequetur, præſertim verò in hac, de qua agitur ſpecie, qua hæreditatem alijs reſtituere cogeretur.

Denique nihil mouet hoc, quod dicitur, poſthumum legitimam ſuam detracturum, quæ detractio ceſſat in ſpecie, *de qua loquitur l. ſi vnquam, C. de reuocand. donat.* Etenim non ea ratione nititur l. ſi vnquam, quod inofficioſa ſit donatio, ſed quia veriſimile non eſt donaturum fuiſſe parentem, ſi de liberis naſcituris cogitaſſet: quæ ratio in hac ſpecie euidenter militat. Enimuerò, quod de legitimę detractione adfertur, nihil moratur; quæ enim eſt ratio, aſſignare liberis exiguam portionem trientis, alieniſque beſſem hæreditatis per fideicommiſſum reſtitui oportere?

Ad text. in l. generaliter, §. ex teſtamento, ff. de fideicommiſſ. liber. reſponſio ex dictis patet: neque enim agitur ibi de hęreditate præſtanda hæredibus ſcriptis, vt in ſpecie noſtra, ſed de libertate danda, quæ legato, vel fideicommiſſo relicta eſt à legitimis hæredibus. Ex quo non rectè inferri poteſt ad hæreditatem relictam, poſthumo, ſcilicet, auferendam, & alijs reſtituendam.

CAPVT XIII.

An ſit idem reſpondendum circa poſthumum ignoranter præteritum; cùm teſtator ſuperuixit, & teſtamentum non mutauit.

SED rurſus controuertitur: quid ſi poſt natum filium, quem in vtero vxoris exiſtentem ignorans teſtator præterijt, ipſe aliquo tempore ſuperuixerit, nec teſtamentum mutauerit, an id operetur clauſula codicillaris teſtamento adiecta, vt filius teneatur fideicommiſſo reſtituere ſcriptis hæredibus hæreditatem? Affirmant multi ex his, quos adnotauimus in præcedenti capite, multi etiam negant. Affirmantium illud eſt fundamentum, quod cum teſtator diu ſuperuiuit & teſtamentum non mutat, videtur in eadem voluntate decedere, & conſequenter velle, ſuam hæreditatem ad legitimos hæredes peruenire, cum ſciat ruptum eſſe teſtament. filij præteriti natiuitate. *Argumento ſumpto ex l. Athletæ, §. dat remiſſionem, ff. de excuſat. tutor. ex l. tractabatur. ff. de milit. teſtament. ex l. 3. C. de inoffic. teſtament. ex l. 3. & l. eum qui, ff. de prob.*

Negantis autem ſententiæ fundamentum eſt potiſſimum primo in l. filio. §. Seia, ff. de adim. leg. vbi legatum ob ſuperuenientes inimicitias reuocatum, non debetur, tametſi poſtea teſtator in codicillis illud non reuocauerit. Deinde in eo, quod habetur in Authent. vt factæ nouæ Conſtitutiones, & cæt. quatenus nihil imputari poſſe Iuſtinianus dicit teſtatori, quod teſtamentum non mutauerit: [*Non enim*, inquit Iuſtinianus, *omnia ſunt in nobis, nec ſemper quibuſque tempus eſt teſtandi, & repentè plerumque incidunt hominibus mortes, teſtandi eis poteſtatem auferentes.*]

Mihi negantium ſententia magis placet,

ſed alio argumento, illo nempè; quòd directa hæredis inſtitutio in teſtamento facta, ad fideicommiſſum trahi non poſſit, etiamſi adiecta ſit clauſula Codicillaris, rupto teſtamento filij præteritione, quia fideicommiſſa videntur ab inteſtato data, quaſi à demente, *hoc in caſu ex l. Titia. ff. de inoffic. teſtament.* vt concluſum eſt ſupra, cap. 11. videtur enim quaſi dementis, hoc velle, vt filius cogatur extraneis vel alijs remotioribus hæreditatem reſtituere. Quare id nequaquam præſumendum eſt voluiſſe eum, qui poſt conditum teſtamentum ſuperuixit. Hic pugnant inuicem præſumptiones. Illa: quia ſuperuixit, videri in eadem voluntate deceſſiſſe: Iſta; non videri, ne dementiæ arguatur, præferendo filijs alios remotiores & alienos. Quis verò ambigat eſſe hanc vehementiorem, veriſimilem magis, æquiorem, iuri magis conſentaneam? Vincat igitur aduerſantem, eamque proſternat. Nec vllum impedimentum afferunt leges in argumento allatæ. quibus voluntatis conſtantia elici videtur ex eo, quòd teſtator ſuperuixit, nec mutauit teſtamentum: neque enim eo in caſu loquuntur, quo contraria militat præſumptio, vt in ſpecie iſta.

Dices etiam in ſpecie, de qua loquitur l. 3. C. de inoffic. teſtament. filium præteritum fuiſſe, qui poſtea natus fuerat, & dici neglectum à patre eam ob cauſam, quòd teſtamentum cùm poſſet, non mutauerit. Reſpondeo etiam in ſpecie noſtra, eouſque fatemur parentem in eadem voluntate manſiſſe, vt videlicet poſtea natum filium neglexiſſe videatur, ac proinde teſtamentum ruptum eſſe dicatur nato poſtea filio, ſed non dicimus, neque præſumimus, eum voluiſſe teſtamentum ita in codicillos conuerti, vt filius inteſtato ſuccedens, alijs cogatur hæreditatem reſtituere, ne talem parentem dementiæ arguamus, charitate paterna exuamus, nobis pręſertim cùm exiſtimare liceat, cum de ſuo nihil diſpoſuiſſe teſtamento, eo quòd ſciret filio ſuſcepto reuocatum fuiſſe: nec putaret generalem illam clauſulam codicillarem eas vires habituram, vt h[illegible]tiam caſu contra mentem eius, & iuris rationem comprehenderet, filiúmque legitimum hęredem fideicommiſſo inducto luctuoſa ſpoliaret hæreditate.

CAPVT XIV.

Vtrum legata conſeruentur teſtamento ex poſthumi præteritione ignoranter facta reſciſſo.

SED & ſi de legatis teſtamento relictis agatur, quod præteritione poſthumi ignoranter facta reſciſſum eſt, inter Doctores controuertitur, vtrùm ea conſeruentur, ac præſtari debeanr. Et quidem negant conſeruari Bart. Caſtrenſ. Iaſ. & alij multi, *in commentarijs Authent. Ex cauſſa, C. de liber. præter. & per Clarum, in §. teſtamentum, quæſt. 52. verſic. Sed quid ſi poſthumus.* Quorum illud eſt fundamentum; quod licèt ex Nouella Iuſtiniani, vt cùm de appel. cognoſ. §. aliud, & ſeq. perſpicuum ſit, legata conſeruari ac firma remanere teſtamento præteritione vel exhæredatione filiorum ſcienter facta, reſciſſo; quia filij appellatione intelligitur, tam is, qui natus eſt viuente teſtatore, quàm qui poſtea, *l. etiam, l. nomen filiorum, ff. de verborum ſignific. l. ſi quis filiabus. ff de teſtament. tutela.* ramen vbi ignoranter eſt præteritus, alia eſt ratio. Non enim præſumitur is, qui teſtamentum fecit, ea legata donaturus fuiſſe, ſi ſe liberos ſuſcepturum cogitaſſet, *Argumento leg. ſi vnquam, C. de reuocand. donat.*

Confirmatur hæc ſententia ex l. qui graui; ff. de iure codicil. Papinianus: [*Qui graui vtero vxorem eſſe ignorabat, codicillis ad filium ſcriptis libertates dedit, nata poſt mortem patris filia, cum de ea nihil patrem ſenſiſſe conſtitiſſet, placuit libertates à ſolo filio præſtari poſſe.*] Idem reſpondit Marcellus in l. pen. ff. eod. tit.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Alexand. & Corneus *in d. Authent. Ex cauſſa,* pro qua etiam, teſte ibidem Cagnolo, *numer.* 23. Collegium Mediolanenſe reſpondit, quorum duo ſunt potiſſimum argumenta. Primum, quia cùm parens ignoranter præterit filium ſuum, minus peccat, quàm cùm ſcienter. Cùm itaque legata firma mane-

manere omnes conſtet, vbi filius ſcienter eſt præteritus, multo magis idem eſt dicendum, vbi ignoranter præteritus eſt. *Secundum argumentum eſt ex leg. cum mater. ff. de inoff. teſta.* vbi Iuriſconſultus: [*Cum mater*, inquit, *militem filium falſo audiuiſſet deceſſiſſe, & teſtamento hæredes alios inſtituiſſet, diuus Adrianus decreuit hæreditatem ad filium pertinere, ita vt libertates & legata præſtentur.*]

Sed plane fortiora ſunt prioris ſententiæ ac communioris argumenta, quamobrem adſtipulatorem me illi adſcribo non inuitus. Et quod ad primum contrariæ ſententiæ argumentum attinet, illud equidem valeret niſi repugnaret coniectura voluntatis defuncti. Itaque non idcirco legata irrita ſunt in hac propoſita ſpecie, quod teſtamentum irritum ſit. Licet enim olim ita eſſet conſtitutum, tamen à Iuſtiniano emendatum eſt, ita ſtatuente, vt teſtamento hanc ob cauſſam irrito effecto: firma tamen legata maneant, ſed legata non debētur à filio ignoranter præterito, quia non ab eo relicta ſunt. Et dubium eſt, an, ſciuiſſet teſtator alium naſciturum, relicturas fuiſſet.

Quod vero attinet *ad l. cum mater. ff. de inoff. teſtam.* cum illam Baldus obieciſſet Bartolo, is reſpondit ex verbis ſequentibus ſolutionem haberi. Subdit enim textus: [*Hic illud annotatum eſt, quod de libertatibus & legatis adijcitur. Nam cum teſtamentum inofficioſum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet.*]

His enim poſtremis verbis videtur reſponſum prius corrigi, quaſi textus velit, non deberi legata. Et ſolutio hæc communiter recepta eſt, Cagnolo teſte, *nu.* 30. *verſ. tenendæ ergo.*

Sed non eſt bona ſolutio, neque ſenſus legis eſt, quod ſuperius dictum eſt, legata & libertates præſtandas, id correctum eſſe. Ait enim textus: [*Hic illud adnotatum eſt.*] &c. Non autem emendatum eſt: non ea eſt verbi ſignificatio nec Iuriſconſulti Pauli eſt emendare, quod D. Adrianus decreuit. Hic vero eſt ſenſus: Hic illud adnotatum eſt, quia cum Teſtamentum inofficioſum arguitur, nihil ex eo Teſtamento valet, & conſequenter etiam in ea ſpecie idem reſpondendum videbatur. Sed tamen aliter eſt conſtitutum & decretum: & ratio eſt, quia cum filius eſt præteritus, quem mater non extare putabat, & ideo alios hæredes inſtituit, filius ſi extet videtur tacite inſtitutus: & vocatus ad hæreditatem ex coniectura voluntatis maternæ, quæ proculdubio filium inſtituiſſet, ſi putaſſet viuere: *vt habetur in l.* 3. *C. de inoff. Teſtam. & in l. vltim. ff. de hæred. inſtit.*

Cum itaque filius in ea ſpecie hæreditatem conſequatur, tanquam tacite vocatus ex Teſtamento: & ex voluntatis coniectura, merito legata & libertates præſtare debet, ſicut ea præſtaret, ſi expreſſe inſtitutus fuiſſet. Et hoc eſt, quod Iuriſconſultus dicit: [*Et illud adnotatum eſt,*] &c. Licet enim, cum Teſtamentum inofficioſum pronunciatur, omnia legata corruant, tamen in ea ſpecie filius non ſuccedit, quaſi ab inteſtato, quaſi inofficioſum teſtamentum ſit: Sed ſuccedit tanquam tacite vocatus in ipſo teſtamento à matre, & ideo legata præſtare cogitur, ita hanc legem, *ſed non ita clare & prolixe Iacobus Cuiacius explicat, libr.* 10. *c.* 22. *Obſeruationum.*

Cæterum, ne quis impingat, ſcire oportet, nos his non omnia legata infirmare, ſed tantum ea, quæ poſthumus præteritus rupto teſtamento, pro ſua parte præſtare deberet, veluti ab inteſtato rogatus ex clauſula codicillari. Nam ſi alij extent filij in teſtamento inſtituti, qui pariter ſuccederent, legata ab eis præſtanda ſunt: niſi tamē in eam facti ſpeciem incidam⁹, de qua textus loquitur *in l.* 3. *C. de inoff. teſtam. & in d. l. cum mater. ff. eod titul.* tunc enim legata præſtanda eſſent, etiam à filio præterito.

CAPVT XV.

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in l. quoties. C. de hæred. inſtitut. hæredem inſtitutum in re certa, loco legatarij habendum, & quid ſi nullus alius inſtitutus fuerit hæres, ſed ipſe in re certa inſtitutus, prohibeatur plus habere.

HÆredem inſtitutum in re certa, loco legatarij eſſe, docet textus *in l. quoties, 13. C. de hæred. inſtit.* ſed controuerſia eſt, quo modo accipiendum ſit. Prima eſt interpretatio Accurſij, *ad l. ſi quis priore. ff. ad Trebell.* inſtitutum in re certa, in omnibus haberi pro legatario, præterquam reſpectu querelæ inoſficioſi teſtamenti. Nam ne illam intentare queat filius in re certa inſtitutus, loco hæredis videtur.

Sed non probatur hæc interpretatio, quoniam certum eſt etiam alias ob cauſſas inſtitutum in re certa pro hærede habendum, etiam extra cauſſam impugnationis teſtamenti, *vt in l. 1. §. ſi hæres ex fundo. ff. de hæred. inſtit.*

Secunda eſt opinio antiquorum interpretum, *quos Bartolus recenſet in d. l. quoties. C. de hæred. inſtit.* inſtitutum in re certa, in omnibus eſſe loco hæredis, præterquam quoad actiones hæreditarias, *vt in d. l. quoties.*

Sed nec iſta ſententia placere poteſt, quia manifeſtum eſt, inſtitutum in re certa, loco eſſe legatarij, non ſolum eo nomine, quod actiones hæreditarias non habeat, neque ijs obſtrictus ſit, verum etiam aliam ob cauſſam. Nam cum conſtat detractioni ex lege Falcidia inſtar legatarij obnoxium eſſe, *vt in d. l. quoties. C. fam. hercisc.*

Tertia eſt ſententia, inſtitutum in re certa, loco hæredis cenſeri, ſi ſit filius, *argumento eorum quæ habentur in §. Aliud quoque Capitulum, in Auth. Vt cum de appell. cognoſc. ſecus ſi filius non ſit, & ita accipienda l. quoties. C. de hæred. inſt.*

Non placet, quia etiamſi extraneus ſit hæres inſtitutus in re certa, aliquando tamen loco hæredis habetur, ſi nullus, ſcilicet, alius hæres inſtitutus ſit, *vt in d. l. 1. §. ſi hæres ex fundo. ff. de hæred. inſt.*

Poſtrema eſt ſententia vera & communis, *quam ſecuti ſunt Bartol. Caſtrenſ. Alex. Iaſ. Sichardus, & alij in dict. l. quoties.* inſtitutum in re certa, non eſſe proprie legatarium, nec proprie hæredem, ſed tertiam quandam ſpeciem conſtituere, quæ in aliquibus legatarij naturam: in aliquibus autem hæredis imitetur. Nam quatenus is non vtitur actionibus hæreditarijs, nec illis conueniri poteſt, naturam legatarij participat, & quatenus etiam ex lege Falcidia detractionem patitur. In ſumma, quo ad rem in qua inſtitutus eſt, legatarius cenſetur, *l. ex facto proponebatur, l. ſi alterius. ff. de hæred. inſtit.* Cæterum, reſpectu tituli inſtitutionis, videtur quodammodo hæredis loco eſſe & ideo nec teſtamentum impugnat, & totam hæreditatem, ſi nullus alius ſit hæres inſtitutus, conſequitur, *vt in d. l. 1. §. ſi hæres. ex fundo.*

Sed oritur hic controuerſia; ſi inſtitutus in re certa, plus accipere prohibeatur, vtrũ, nullo alio hærede exiſtente, totam nihilominus conſequatur hæreditatem detracta rei mentione.

Reſpõdet Bartolus *in leg. quoties. §. ſi duo, ff. de hæred. inſt. quem ſecutus eſt Caſtrenſis ibidem, nec non Corneus in d. l. quoties. C. eodem tit.* Siquidem nullus alius in eo teſtamento hæres inſtituatur, hæreditatem tali inſtituto in re certa, non accreſcere: ſecus vero ſi alius hæres inſtituatur qui vel nolit, vel non poſſit hæreditatem accipere.

Fundamentum eſt, quia cum inſtitutus hæres alius repudiet hæreditatem, vel eam capere non poteſt, tunc ceſſat ratio, quæ teſtatorem mouit ad prohibendum, ne inſtitutus in re certa plus acciperet: Ita enim prohibuiſſe cenſetur, vt alius hæres hæreditatem obtineret. Quare eo veluti obice iam ſublato, videtur ceſſare ipſa prohibitio, *argumento l. peto. ff. de leg. 2. l. 2. §. ſed ſi ſint. ff. ad Tertull.* Iſtud autem argumentum ceſſat, vbi nullus eſt alius hæres inſtitutus: tunc enim, quia teſtatoris voluntas refragatur, non licet in re certa inſtituto hæreditatem obtinere, *argumento d. l. quoties, §. ſi duo. ff. de hæred. inſtituend.* Vlpianus: [*Si duo ſint hæredes inſtituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex beſſe eiuſdem fundi, Celſus expeditiſſimam Sabini ſententiam ſequitur, vt detracta fundi mẽtione, quaſi ſine partibus hæredes ſcripti hæreditate potirentur: ſi modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſime non refragatur.*]

Alij vero dixerunt in propoſita quæſtione non accreſcere reliquam hæreditatem inſtituto in re certa, ſiue nullus alius fuerit hæres inſtitutus, ſiue fuerit quidem,

ſed

ſed is hęreditatem habere noluerit: vel non potuerit: *ita Decius, in l. 1. n. 2. C. de teſtam. milit. Purpuratus, in conſil. 558. lib. 2. quanquam hic in ea facti ſpecie loquitur, in qua nullus alius hæres inſtitutus eſt, & Iacobus Menochius, in conſ. 483. lib. 5.*

Fundamentum eſt in voluntate teſtatoris: Is enim voluit inſtitutum in re certa, illam rem duntaxat habere non alia bona. Voluntas autem teſtatoris eſt ſeruanda, §. *diſponat, in Auth. de nuptiis.*

Confirmatur hæc ſententia argumento *d. l. quoties. §. ſi duo. ff. de hæred. inſt.* ibi: [*Si modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſime non refragatur,*] Si dicatur non poſſe quemquam ex paganis decedere pro parte teſtatũ, & pro parte inteſtatum, reſpondent iſti hoc in caſu teſtamentum corruere, quia nullus ſit hæres inſtitutus, *l. vlt. ff. de iure codicillor.* & conſequenter rem ad cauſam inteſtati peruenire, ac hæreditatem in totum pertinere ad legitimos hæredes.

Tertia denique ſententia eſt hæreditatem hoc in caſu accreſcere inſtituto in re certa, ſiue nullus alius cohæres inſtitutus ſit, ſiue inſtitutus quidem, ſed hæres eſſe noluerit, vel non potuerit. *Ita Imolenſis in c. Rainutius, n. 64. de teſtam. & Alexan. ad d. l. quoties, n. 11. C. de hæred. inſtit.*

Fundamentum eſt: quia nemo poteſt facere, quin leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l. nemo poteſt. ff. de leg. 1.* leges autem ſtatuunt, neminem paganum decedere poſſe pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum, *l. ius noſtrum, de reg. iur.* Et ideo ſi hæres in re certa inſtituatur, eum totam hæreditatem conſequi detracta rei mentione, *l. 1. §. ſi hære. l. ex fundo. ff. de hæred. Inſtit.* Et in milite ſpecialiter eſt conſtitutum, vt poſſit vnum hæredem ex parte bonorum, puta ex fundo inſtituere, & in reliquis bonis inteſtatus decedere, *l. ſi miles. 6. ff. de milit. teſtam.*

Et ideo Iuriſconſultus in *l. Si quis ita hæres inſtitutus, 74. ff. de hæred. inſtit.* [*Si quis,* inquit, *ita hæres inſtitutus fuerit, excepto fundo, excepto vſufructu hæres eſto, perinde erit iure ciuili atque ſi ſine ea re hæres inſtitutus eſſet, idq; autoritate Caij Aquilij factum eſt.*]

In hanc poſtremam ſententiam ego ſane procliuior ſum. Etenim cum teſtator in ſolo fundo hæredem quempiam inſtituit, ſatis aperte declarat, ſe velle vt ſolum habeat fundum: ſimiliter cum hæredem quis inſtituit, excepto fundo, manifeſtum eſt eum nolle vt fundum habeat. Et tamen in his caſibus hæres totam hæreditatem conſequitur, ne inutilis illa adiectio vel detractio, vtilem vitiet inſtitutionem. Quare & in propoſita quęſtione eadem eſt ratio, ideoque non voluntas ipſa teſtatoris ſequenda, ſed legis conſtitutio eſt: *Quam ob rem & Iuſtinianus in §. diſponat, in Authent. de nuptiis:* [*Diſponat,* inquit, *teſtator vnusquisque vt dignum eſt, vt ſit lex eius voluntas. Vt dignum eſt,*] inquit Gloſſ. id eſt, ſecundum leges & bonos mores.

Vnus eſt textus, ex quo pro contraria ſententia argumentum ſumitur non contemnendum, *in l. quoties. §. ſi duo. ff. de hæred. inſtit.* in illis verbis: [*Si modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſime non refragatur.*] Cæterum reſpondeo, duplicem illa verba ſenſum habere poſſe: Vnum, niſi patrisfamilias voluntas refragetur, hæredes ſcriptos, hæreditate non potiri, ſed fundum duntaxat habituros. Alterum, hæreditate non potiri, quaſi ſine partibus, detracta fundi mentione, inſtitui eſſent. Prior ſenſus non eſt admodum probabilis: quia non dixit Iuriſconſultus in verbis præcedentibus hoc tantum, videlicet hæredes ita ſcriptos hæreditatem conſecuturos: tunc enim recte ſubijceretur exceptio, niſi voluntas teſtatoris reſtagaretur, ſed Iuriſconſultus dixit, [*detracta fundi mentione quaſi ſine partibus.*] hæredes ſcriptos hæreditate potituros. Quam ob rem, illa exceptio, [*niſi voluntas patrisfamilias manifeſtiſſime refragatur,*] huc referri debet, nempe, potituros hæreditate ſcriptos hæredes quaſi ſine partibus, & ſic æquis partibus: [*niſi voluntas manifeſtiſſime refragetur.*] Quia ſi voluntas manifeſtiſſime refragetur, potirentur quidem hæreditate: ſed non æquis partibus, perinde, ac ſi ſine partibus hæredes ſcripti eſſent ſed ex partibus inæqualibus, prout voluntas patrisfamilias manifeſtiſſima deſigna-

deſignauerit. Poſterior ergo ſenſus magis eſt probabilis. Huc accedat, quod ſi priorem ſenſum admittamus, fateri cogimur, teſtatorem poſſe hoc efficere, vt in ſolo fundo hæredes habeat ex teſtamento, *quod repugnat l.1. §. ſi hæres ex fundo. ff. de hered. inſtit.* Si vero poſteriorem ſenſum amplectamur nullum ſequitur abſurdum, & ſententiam verbis ac rationi conſentaneam colligimus. Porro ex coniecturis ab hac ſententia recedendum nec ne ſit, verbi gratia, ſi teſtator alium magis dilexerit, quam inſtitutum in re certa, vt veriſimile ſit eum maluiſſe ad eum reliqua bona peruenire, quā ad inſtitutum incerta. *Vide Crauettam de antiquit. tempor. in quarta parte principali, n.132. & in conſ.856. num.17. lib.5.*

Caput XVI.

Cum quis vxorem ſuam in vſuſructu hæredem inſtituit, alio poſt eius mortem hærede inſtituto, quæ ſit interpretatio adhibenda.

Controuertitur etiam illud, quo modo accipienda ſit vxoris vel alterius inſtitutio in vſufructu facta, alio poſt eius mortem inſtituto. Et duplex adhibetur interpretatio: Vna, prout verba ſonant, nempe, vt vxor vſumfructum habeat donec vixerit: alter vero, qui poſt mortem eius inſtitutus eſt, videatur ſub conditione inſtitutus. Et ſi quidem vxori fructuariæ ſuperuixerit, tunc hæreditatem conſequatur: ſi vero præmoriatur, hæreditas accreſcat vxori inſtitutæ in vſufructu. *Ita Corn. in l. extraneum. C. de hæred. inſtit. Aretin. in l. filius à patre. ff. de lib. & poſthu. Couar. lib.2. Variar. reſol. cap.2. nu.5. Ruin. in conſ.54. lib.2. Mantica de Coniecturis vltimar. volunt. lib.4. tit.5. art.7.*

Altera eſt interpretatio: vxorem detracta vſusfructus mentione, in totum hæredem eſſe, ſed rogatam videri per fideicommiſſum reſtituere hæreditatem ei, qui poſt mortem inſtitutus eſt. *Hanc ſecuti ſunt Alexand. in conſil.162. lib.2. Crauetta, in conſil.820. lib.5. Menoch. conſil.273. lib.3. & de præſumpt. li.4. cap.141. nu.26.*

Priori ſententiæ magnopere adſtipulantur voluntas teſtatoris, & verba ipſius, quæ hanc interpretationem plane recipiunt: Aut igitur is qui poſt vxoris mortem inſtitutus eſt, vxori ſuperuiuet, & hæreditatem adibit, aut non ſuperuiuet, vel hæreditatem non adibit: Priore caſu à morte teſtatoris hæres fuiſſe videbitur, quia cōditio retrotrahitur, *l. quod dicitur. ff. de teſta. milit. l. Hæres quandocunque, §4. ff. de acquir. hæred.* Poſteriore autem in caſu hæreditas vxori accreuiſſe intelligitur, *iuxta l. primam. §. ſi hæres ex fundo. ff. de hæred. inſtit.* Et tale ius accreſcendi ad hæredes vxoris tranſmittetur, *l. ſi ex pluribus. ff. de ſuis & legit. hæred. l. qui patri. ff. de acquir. hæred.*

Poſteriorem autem ſententiam iuuant aliquæ iuris noſtri regulæ generales. Illa in primis: Hæres inſtitutus in re certa, nullo dato cohærede vniuerſali, in totum hæres eſt, detracta rei mentione, *l. prima. §. ſi hæres ex fundo. ff. de hæred. inſtit.* Ergo vxor in hac facti ſpecie erit in totum hæres, quia nullus ei datus eſt cohæres. Secunda regula: Is qui ſimul eſt hæres, non poteſt deſinere hæres eſſe, *l. ei qui ſoluendo. ff. de hæred. inſtit. l. & ſi ſine, §. ſed quod Papianus. ff. de Minoribus.* Ergo vxor, quæ ſemel eſt hæres, vt dictum eſt, non poteſt deſinere hæres eſſe: & conſequenter, quia poſt mortem eius alius eſt hæres inſtitutus, videbitur fideicommiſſo rogata ei reſtituere hæreditatem. Tertia regula: Subſtitutio directa fieri non poteſt alicui pagano poſt pubertatem, *l. verbis ciuilibus. ff. de vulg.* Ergo talis ſubſtitutio valebit in vim fideicommiſſ. *argumento l. Scæuola. ff. ad Trebell.*

Ego priorem ſententiam magis probo. Nam certum eſt, hæredem ſub conditione inſtitui poſſe, *§. hæres, in Inſtitut. de hæredita. inſtitut.* & poſt mortem alterius, *l. filius à patre. ff. de liber. & poſthum.* Is ergo, qui poſt mortem vxoris inſtitutus eſt hæres, videbitur inſtitutus ſub conditione, ſi videlicet vxori ſuperuixerit, *l. hæres meus, l. quibus diebus, §. quidem Titio. ff. de condit. & demonſt.* Ergo nihil prohibet, quo minus hanc interpretationem accipiamus: quæ in omnibus eſt conſentanea iuri, & menti teſtatoris.

toris. Huc accedat, quòd poſterior interpretatio magnoperè videtur incommoda, In primis repugnat menti teſtatoris, qui voluit vxorem eſſe fructuariam; illa verò interpretatio facit eam hæredem. Deinde directa ſubſtitutio transfertur in fideicommiſſariam abſque vlla neceſſitate, & detractioni Trebellianicæ fit locus. Denique, non eſt difficile ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondere. Nam cùm dicitur in argumento, nullum fuiſſe datum vxori cohæredem, id negari poteſt: fuit enim illi datus cohæres, licèt ſub conditione, & poſt mortem vxoris, quod iure permiſſum eſt.

Capvt XVII.

Quid ſtatuendum cùm in ſolo vſufructu hæres eſt inſtituta Vxor, & nullus alius etiam poſt eius mortem hæres inſtitutus eſt.

Sed & controuerſia eſt, quid reſpondendum, ſi vxor inſtituta fuerit in vſufructu donec vixerit, & nemo alius poſt eius mortem inſtitutus fuerit hæres, vtrùm ea ſuccedat in tota hæreditate ſimpliciter detracta vſusfructus mentione; an verò ſuccedat quidem, ſed cum onere reſtituendi hæreditatem venientibus ab inteſtato, cum ipſa morietur. Etenim, rogatam quaſi per fideicommiſſum tacitè videri hæreditatem legitimis hæredibus reſtituere, *reſpondit Paulus Caſtrenſis, in conſil. 2 4 1. lib. 2. Idem reſponderunt multi alij, quos refert & ſequitur Menochius lib. 4. de præſumpt. cap. 141. num. 5. Cæterùm non videri, reſponderunt Corneus, in conſil. 6 0. num. 6. lib. 1. & alij quos refert & ſequitur Franciſcus Mantica, de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 4. tit. 5. in princip. num. 13.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt: quia cùm teſtator auferat legitimis hæredibus hæreditatem donec vxor vixerit, ea mortua videtur velle ad eos peruenire, *argument. l. vlt. C. de legatis, l. Titia, cum teſtamento. §. vlt. de legat. 2. & l. peto. poſt principium, verſ. Idem dicemus, eod. tit.*

Sed poſterior ſententia magis mihi probatur; Nam certum eſt, hæreditatem ex die, & ad diem, dari non poſſe, ſed detracta temporis mentione purè relictam videri, *l. hæreditas ex die. ff. de hæred. inſtit.* Certum eſt etiam ſi ex certa re quis hæres inſtituatur, detracta rei mentione, in totum hęredem intelligi, *l. 1. §. ſi hæres ex fundo. ff. eodem tit.* cùm ergo vxor in ſolo vſufructu inſtituta fuerit, donec vixerit, detracta temporis & rei mentione, cùm nullus alius cohæres datus fuerit, hęres purè, & in totum eſſe iudicabitur. Quod verò tacitè rogata eſſe videatur, hæredibus legitimis hæreditatem reſtituere, nulla ratione, nulla lege demonſtrari poteſt.

Nec enim mouent, quæ ſuperiùs allatæ ſunt leges. Nam quod attinet ad l. vltimam, C. *de legatis.* Iuſtinianus hoc tantum voluit: legata temporalia, ſiue ad tempus relicta, poſt completum tempus ad hæredem redire. Nihil id commune habet cum quæſtione noſtra. Nam in ea ſpecie, de qua Iuſtinianus loquitur, hæres erat inſtitutus in teſtamento, qui proinde lapſo tempore legatis præſtandis conſtituto, non tenebatur de cætero præſtare. Hic verò nullus alius eſt hæres propter vxorem inſtitutus.

Quod verò attinet ad l. Titia. §. vlt. [*Reſponſum eſt, licèt ea verba non proponerentur, quibus teſtatricis filia fideicommiſſum petere poſſet propter voluntatem, tamen poſt patris mortem petere poſſe.*] Rectè. Nam cùm teſtatrix viro ſuo multa reliquiſſet, donec is vixiſſet, ſimul voluiſſe videtur, eo defuncto, res relictas ad hæredem filiam pertinere. Quamobrem & Bartolus *in Summario,* inquit: [*Qui voluit res ad aliquem pertinere ad tempus, poſt illud videtur velle ad ſuum hæredem redire.*] Ibi ergo maritus erat legatarius, & hæres inſtituta filia. Hic vxor eſt hæres, & nemo alius hæres inſtitutus.

Denique, quod Papinianus ſcribit, *in d. l. peto.* nihil iuuat priorem ſententiam; loquitur enim Papinianus, cùm teſtator & rationem habuit legitimi hæredis, & illius mentionem fecit. Verba hæc ſunt: [*Idem dicemus, ſi, cùm ex aſſe ſcripſiſſet hæredem eius gratia, qui legitimus hæres futurus eſſet, ita loquatur. Peto pro hæreditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus ſit centum aureis.*]

CAPVT XVIII.

Quid ſi vxori legatus fuerit omnium bonorum vſusfructus, alio poſt eius mortem hærede inſtituto, an valeat eiuſmodi legatum.

SED priuſquam ad alias controuerſias transeamus, non eſt illa diſputatio negligenda: an legatum vſusfructus omnium bonorum valeat vxori relictum in teſtamento, alio hærede poſt eius mortem inſtituto. Quæſtio celebris, & ab antiquis Doctoribus agitata, noſtris verò temporibus plurimum illuſtrata ſcriptis duorum præſtantiſſimorum Iuriſconſultorum Franciſci Manticæ *nunc illuſtriſſimo Cardinali, de Coniect. vltimar. volunt. lib.* 4. *tit.* 5. *artic.* 10. & Iacobi Menochij *de præſumpt. lib.* 4. *cap.* 141. *numer.* 33 Non mihi faciendum putaui, vt tanquam actuarius omnia deſcriberem, atque hoc adferrem, quæ ipſi dixerunt: ſed operæpretium dixi, meam potiùs ſententiam breuiter adſcribere. Exiſtimo, ſaluis iuris noſtris regulis, legatum conſiſtere non poſſe; ſed tamen teſtatoris voluntatem hoc efficere, vt locum habeat, quaſi aliter dictum, aliter verò ſcriptum videatur. Primum quod aſſerui, haudquaquam probatu difficile eſt. Nam vſusfructus legatum ex die aditæ hæreditatis cedit, *l.* 2. *ff. quando dies leg. cedat, l. vnica.* §. *in nouiſſimo, verſ. libertatibus, C. de Cad. tollend.* Hic verò hæreditas adiri non poteſt, niſi mortua vxore, quo tempore vſusfructus extinguitur, §. *finitur, in Inſtitut. de Vſufruct.* & conſequenter præſtari non poteſt.

Quod verò ſecundo loco dixi, non vſque adeò exploratum eſt, ſed tamen veriſimile puto, propter voluntatem patrisfamilias. Nam eius voluntas tam enixa deprehenditur legati conſeruandi, vt non aliam ob cauſſam hæredem alium inſtituerit poſt vxoris mortem, & non ante, quam vt illa vſumfructum haberet, quaſi dubitaret, ne alio hærede ſimpliciter inſtituto, illa vſufructu careret.

Nec improbabiliter quis dixerit hæredem in hac facti ſpecie purè inſtitutum videri, detracta temporis mentione, argumento l. hæreditas ex die, ff. de hæred. inſtitut. Neque enim vxor hoc in caſu inſtituta eſt in vſufructu, vt vigore tituli inſtitutionis dubitari poſſit, an ceteram ex iure accreſcendi conſequi valeat hæreditatem, vt in præcedentibus eſt diſputatum.

Quæ cùm ita ſint, non poſſum ſatis mirari, cur apud clariſſimos autores, quos citaui, tanta ſit difficultas ac diſputatio circa remedium, quo mulier hoc in caſu conſequi vſumfructum poſſit. Nam interpretatione hac recepta & admiſſa voluntatis teſtatoris, hæres purè intelligitur inſtitutus, & conſequenter ad legatum præſtandum ordinarijs actionibus conueniri poteſt. *Vide de eadem hac quæſtione Andream Gaill. lib.* 2. *obſeruat.* 143.

CAPVT XIX.

Vſufructuarius omnium bonorum ex teſtamento relictus, an teneatur æs alienum teſtatoris defuncti ſoluere.

SED quando incidimus in vſufructuarium omnium bonorum, antequam eum relinquamus, operæpretium erit, celebrem illam controuerſiam expendere, an teneatur ad ſoluendum æs alienum defuncti. Quatuor ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, vſufructuarium teneri. Secunda, non teneri. Tertia, non teneri quidem vſufructuarium, & hoc onus hæredi incumbere, ſed eidem hæredi permittendum, vt ex bonis hæreditarijs æs alienum in primus detrahat; deinde id, quod detracto eo ſupereſt, fructuario reſtituat. Quarta eſt ſententia fructuarium non teneri, nec hæredem poſſe ex bonis æs alienum detrahere, ſed omnia bona abſque diminutione tradere oportere fructuario, vt eis vtatur, fruatur. *Vide Bartolum ad l. vltim. ff. de Vſufruct. leg. Bald. in conſil.* 23. *lib.* 2. *&* 477. *lib.* 3. *& in conſil.* 237. *lib.* 1. *Gozadin. in conſil.* 94. *colum.* 5. *Guid. Papa deciſ.* 541. *Angelum Aretin. in* §. *conſtituitur, numer.* 3. *in Inſtitut. de Vſufruct.*

fruct. Pract. Papienſ. in forma libelli, quo agitur ad dotem, in verbo, Dedit, colum. 2. *Decium in conſil.* 536. *&* 590. *& in conſil.* 620. *in fine. Alexander, ad l. vſufructu. ff. ad legem Falcid. Couarr. lib.* 2. *Variar. reſolut. cap.* 2. *num.* 4. *Borgninum Caualcan. de Vſufruct. mulieri relicto, numer.* 211. *Andream Gaill, lib.* 2. *obſeruat.* 146. *Menochium de præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 143. *poſt num.* 9.

Ego eorum ſententiam probo, qui dixerunt fructuarium ad ſoluendum æs alienum non teneri, ſed hæredem, cui id incumbit onus, deducere in primis æs alienum ex bonis poſſe, & quod ære alieno deducto ſupererit, fructuario tradere oportere. Nam hæc ſententia textibus ſatis luculenter probatur. In primis ſpectare ad hæredem æris alieni diſſolutionem, probat text. *in l.* 1. *C. ſi cert. pet. & in l.* 2. *C. de hæred. actio.* Hęredem autem deducere æs alienum poſſe, probatur ex l. *vltim. ff. de vſufruct. legato.* Venuleius: [*Nam ſi bonorum vſusfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur.*] Item ex l. *vſusfruct. ff. ad leg. Falcid.* Pomponius *Vſufruct. bonorum legato, æs alienum ex omnibus rebus deducendum eſt.*]

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus aliæ ſententiæ nituntur. Nam illorum argumentum, qui putarunt fructuarium ad ſoluendum æs alienum teneri, ſumitur ex l. *vxori meæ. ff. de vſufruct. legato.* Labeo. [*Vxori meæ vſumfructum lego bonorum meorum. Quæſitum eſt an prædiorum, tam ruſticorum, quàm vrbanorum, & mancipiorum, & ſuppellectilis, itemque Calendarij vſusfructus ad vxorem pertineat. Reſpondi ſecundùm ea, quæ proponeretur pertinere.*]

Si Calendarij vſusfructus pertinet ergo debita & credita videntur pertinere: Calendarium enim continet debita & credita, *l. qui filium. ff. de leg.* 3.

Reſpondeo, Calendarium debita non continere, ſed nomina debitorum, & ſic credita & pecuniam iam exactam & fœnori deſtinatam, *vt declarat text. in d. l. qui filium. de leg.* 3. Cùm enim veteribus menſtruas vſuras facere moris eſſet, quæ ſingulis Calendis ſoluebantur, inde Calendariũ eſt dictum, id eſt, negotiato ipſa nominum faciendorum, *vt diligenter explicat Connanus lib.* 7. *Commentar. iuris, cap.* 1. *num.* 12. Et verò, (bona pace doctorum virorum dictum ſit) ineptum videtur exiſtimare Iuriſconſultum *in d. l. vxori meæ. ff. de vſufruct. legat.* illud quærere, an vſufructu à teſtatore legato, debita ipſius legantis contineantur ſub Calendarij nomine: niſi hoc voluerint etiam debita contineri in conſequentiam creditorum, vt qui vſumfructum habet creditorum, onus etiam ſubire debeat debitorum: ſed tunc nec text. *d. l. vxori meæ.* ad rem faciet, nec bona erit illa conſequentia, cùm ad hęredem onus ſoluendi æs alienum pertineat, ad quem ſpectat emolumentum & commodum hæreditatis.

Argumentum verò poſtremæ ſententiæ ſuperiùs à nobis relatæ, illud mihi videtur; quoniam ita onus æris alieni ſoluendi ad hæredem ſpectat, vt debeat fructuarius veluti legatarius eo nomine indemnis ſeruari; quòd non fieret, ſi ea detractio permitteretur. Sed iſta ratio locum habere poſſet in legato vſusfructus rerum aliquot particularium, non autem in vſufructu omnium bonorum legato; ſi quidem perſpicuum eſt bona appellari, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, *l. ſubſignatum. §. bona. ff. de verbor. ſignificat.* & cùm clariſſimi ſunt textus, quibus hæc deductio manifeſtè probatur, non puto cuiuſquam rationes tanti æſtimandas, vt veritati ac legi anteponantur.

Capvt XX.

Inſtitutus in re certa, an comprehendatur in conceſſione emphyteuſis facta pro hæredibus.

Antequam ad alia tranſeamus, cum multas de inſtituto in re certa, controuerſias tractauerimus, non putauimus illam omittendam: an filius in re certa inſtitutus, comprehendatur in emphyteuſi conceſſa pro filijs hæredibus. Et hac de re tres extare Doctorum ſententias animaduertimus. Vna eſt Bartoli, *in l. vt iuriſiurandi, §. ſi liberi, ff. de oper. libertorum.* qui reſpondit, inſtitutum in re certa, obtinere debere partem rei in emphyteuſim

conceſſæ, exemplo filiorum patroni, qui à liberto exigere poſſunt operas debitas, quamuis patroni defuncti hæredes ſint ex partibus inæqualibus, *vt in d. §. ſi liberi*, talibus enim liberis, vt hæredibus operæ debentur, *l. cùm patronus. §. 1. ff. eodem tit.*

Altera eſt ſententia Pauli Caſtrenſis, *ad l. quoties. C. de hæred. inſtit.* ſi de re Eccleſiaſtica in emphyteuſim conceſſa agatur, quoniam illa ad filios tantùm, non etiam ad extraneos tranſit, tunc veram eſſe Bartoli ſententiam, quia maior eſt habenda ratio eius, quòd ſit filius, quàm quòd ſit hæres. Cæterùm, ſi de re in emphyteuſim data à priuatis, ſit quæſtio, quoniam illa etiam ad extraneos hæredes peruenire poteſt, tunc veram non eſſe Bartoli ſententiam, ſed iſtud etiam requiri, vt filius ſit hæres, & ideo inſtitutum in certa, non eſſe admittendum, quia videtur eſſe legatarius, *vt in d. l. quoties. C. de hæred. inſtit.*

Tertia eſt ſententia vera & communis; emphyteuſim hoc in caſu non pertinere ad filium in re certa inſtitutum, ſed ad filios hæredes: quia duo hæc coniunctim requiruntur: vt filij ſint, & ſimul etiam hæredes. Hæredis autem appellatione continetur vniuerſalis ſucceſſor, *l. quædam. §. nihil intereſt, ff. de edend.* Hæredes enim iuris ſucceſſores ſunt, *l. quoties. §. hæredes, ff. de hæred. inſtitut. Ita docent Alexander, Iaſon & Iacobinus, in dicto §. nihil intereſt, Couarruuias libro ſecundo, variarum reſolutio. cap. 2. poſt numer. 5. Iulius Clarus §. emphyteuſis, quæſtione 38. Bellonus Supputationum Iuris, lib. quarto, cap. 18.*

Ad argumentum Bartoli reſponderi poteſt, aliam eſſe rationem eius, qui inſtitutus ſit pro parte inæquali hæres, de qua ſpecie loquitur textus *in d. §. ſi liberi*. de quo in argumento, talis enim ita inſtitutus hæres, nihilominus hæres eſt verè & propriè, cùm in partem hæreditatis ſuccedat, vnde meritò etiam in partem rei emphyteuticæ ſuccedere debet. At nos de filio loquimur in re certa inſtituto, qui alio hærede inſtituto non eſt hæres, ſed inſtar legatarij, *l. quoties. C. de hæredibus inſtitut.* neque enim in ius vniuerſale, aut in totum, aut pro parte ſuccedit, ſed in re particulari duntaxat & certa.

Caput XXI.

De hærede in re certa inſtituto, an ſit in poſſeſſionem mittendus, ex l. vltim. C. de edicto Diui Adriani tollend.

Institutum in re certa, in teſtamento non abolito, non cancellato, neque ex aliqua parte vitiato, mittendum eſſe in poſſeſſionem, *ex l. vltim. C. de edicto Diui Adriani tollendo*, cenſuerunt Curtius *iunior in Commentarijs dictæ l. vltim. numer. 38.* & alij, *quos refert & ſequi videtur Tiraquellus, in tractatu le mort ſaiſit, parte ſecunda, Declaratione quarta, numer. 13.* Quorum illud eſt argumentum, quòd ſecundùm illam legem hæres etiam ex parte mittendus ſit in poſſeſſionem bonorum defuncti: inſtitutus autem in re certa, videtur eſſe aliquo modo hæres, aut hæredi ſimilis, cùm poſſit autoritate propria poſſeſſionem accipere bonorum, in quibus inſtitutus eſt; ad inſtar hæredis, *vt docet Bartolus, in l. ex facto, numer. 2. ff. de hæred. inſtitut. Alexander & Iaſon ad l. quoties, C. eod. tit.*

Ex quo ſequitur, eum multò magis eam poſſeſſionem autoritate Iudicis obtinere poſſe. Denique, non videtur vlla ratio diuerſitatis inter hæredem & inſtitutum in re certa, vterque enim à teſtatore inſtitutus eſt, cuius voluntatem executioni mandari publicè intereſt, *l. vel negare. ff. quemad. teſtament. aper.*

Sed contrariam ſententiam magis probabilem exiſtimo; quoniam inſtitutus in re certa, reuerà non eſt hæres, ſed inſtar potius legatarij, *d. l. quoties. C. de hæred. inſtitut.* lex autem illa de hærede loquitur. Nec obſtat, quòd poſſit autoritate propria poſſeſſionem bonorum accipere; quia, vt maximè id verum ſit, de quo iam non diſputo, non tamen efficitur eum hæredem eſſe. Et dum dicitur: Si poteſt autoritate propria: Ergo multò magis ex l. vltim. Negatur: quia conſequentia non eſt bona. Illa eſt bona collectio; Ergo mul-

multo magis Iudicis autoritate ex remedio iuris ſibi competente, poſſeſſionem accipere poterit.

Non obſtat quod dicitur, non eſſe rationem diuerſitatis inter inſtitutum in re certa, & hæredem: quia immo eſt diuerſitatis ratio, illa nempe, quod hæres ad onera hæreditaria tenetur: & vicem ſuſtinet defuncti: quamobrem eum ſtatim in poſſeſſionem mittendum, ſumma ratione & æquitate conſtitutum fuit: vt ſcilicet exequeretur ea, quæ teſtator iniunxit, actioneſq; exciperet, & exerceret, ac perſonam defuncti repræſentaret: Non talis eſt inſtitutus in re certa, nec tanto fauore dignus, ac proinde non eſt in eo eadem ratio, quæ in hærede.

CAPVT XXII.

Vtrum filia hæres ex teſtamento vel ab inteſtato, mittenda ſit in poſſeſſionem bonorum feudalium, contradicentibus agnatis, tanquam vocatis ex inueſtituris feudalibus.

SI proponatur patremfamilias deceſſiſſe, hæreda relicta filia ex teſtamento, vel ab inteſtato, & adſint feudalia bona, an in poſſeſſionem eorum ſit mittenda: an vero potius agnati, qui contendunt, feuda ad ſe pertinere, controuerſi iuris eſt. Et hic totius difficultatis vertitur cardo, quia dicit text. in cap. 1. §. inter filiam, ſi de feudo defuncti controuerſia fuerit. inter dom. & agna. vaſalli: [*Inter filiam defuncti & agnatos defuncti, de quodam prædio mota eſt quæſtio, agnatis feudum, filia vero allodium eſſe aſſerentibus, ſuper poſſeſſione apud quem manere debeat, quærebatur. Reſponſum eſt, apud filiam poſſeſſionem interim eſſe collocandam.*]

Huius ergo textus argumento, filiam eſſe in poſſeſſionem mittendam, etiam quando conſtat bona eſſe feudalia, primus omnium Ioan. Andreas docuit, *quem & alij omnes autorem laudant*, in addit. Spec. *tit. de Teſtamen. §. pen. verſ. perſonam.* vbi ait poſt miſſionem demum eſſe cognoſcendum ad quẽ feudum pertineat. *Sequitur Alex. ad l. vlt. col. vlt. & ibid. Iaſon, nu. 26. C. de edicto diui Adriani tollen. & alij à Menochio citati, de adipiſcen. poſſeß. remed. 4. nu. 375. & poſt eum ab Hartmanno Piſtorio, Quæſt. iuris, lib. 2. parte poſteriore, ca. 39. num. 32.* Quibus (quatenus de filia ex teſtamento hærede loquuntur) adſtipulari videtur ipſa l. vlt. C. de edicto Diui Adr. toll. vbi generaliter eſt conſtitutum, hæredem eſſe mittendum in poſſeſſionem omnium bonorum defuncti. Non obſtat, ſi dicatur, in feudis regulariter fœminas non ſuccedere: quoniam in multis caſib. ſuccedunt, *vt in c. 1. de natura ſucceſſ. feud. c. 1. de feudo fœmi. & alibi.*

Cæterum, in his terminis, in quibus loquimur, videlicet, quando conſtat bona eſſe feudalia, non eſſe filiæ, ſed agnatis tradendam poſſeſſionem, reſponderunt Iaſon *in conſ. 152. libro* 4. Gozadin. *in conſ. 12. num. 8. Albertus Brunus in conſ. 18. num. 18. Alba. in conſ. 78. num. 16. Plotus ad l. ſi quando, numer. 111. C. vnde vi, Iacob. in d. l. vlt. C. de edicto diui Adr. tollend. num. 49.*

Horum argumentum illud eſt quia fœminæ regulariter feudorum ſunt incapaces, & illa pertinent ad hæredes maſculos, *c. 1. §. filia. de ſucceſſ. feudi, c. 1. §. hoc autem notandum, qui feud. dare poſſunt, c. 1. §. ad filios, de ſucceſſ. fratr.* Quamobrem agnati & hæredes maſculi, ad quos feudum ſpectat, videntur potius in poſſeſſionem mittendi, quam filia ad quam non ſpectat.

Tertia eſt ſententia Iacobi Menochij, *in remed. 4. num. 381. de adipiſcen. poſſeſſ.* vt ſi quidem conſtet bona eſſe feudalia, & præterea etiam agnati probationes in promptu habeant, eius eſſe qualitatis, vt fœminæ non ſuccedant, tunc agnatis danda ſit poſſeſſio, alias ſecus, & ita videtur opiniones Doctorum conciliare ac interpretari.

Mihi vero ea ſententia videtur probabilior, quæ maſculis hæredibus ſiue agnatis feudorum poſſeſſionem adiudicat, & multo magis, vbi ex inueſtituris conſtat fœminam ſuccedere non poſſe: ſed ſolos maſculos agnatos, exploſa prorſus prima illa opinione, quæ nullum habet fundamentum ſolidum. Nam cum fœminæ re-

gulariter in feudis non ſuccedant, ſed agnati & hæredes maſculi, ipſi iam fundatam habent intentionem, vt loquuntur noſtri, tum ad fœminam excludendam, tum ad obtinendam pro ſe ipſis bonorum poſſeſſionem. Illis enim proculdubio dari debet, quibus à lege delata eſt, non alijs, qui non vocantur. Et licet in aliquibus caſibus fœminæ in feudis ſuccedant, dum tamen de hac re diſputatur, & cognoſcitur, quia regula iuris ipſis fœminis aduerſatur, fauetque agnatis, iuſtius eſt & æquius, vt interea poſſeſſio tradatur maſculis hæredibus, quam fœminis. Sic & textus *in d. l. inter filiam.* dum cognoſcitur an res ſit feudalis vel allodialis, mandat fœminæ poſſeſſionem tradi: quia filia rem allodialem eſſe aſſerens, regulam pro ſe habet, qua dicimus quamlibet rem prædium liberam, & nulli obnoxiam ſeruituti, *l. altius. C. de ſeruit. & aqua.* Et licet feudalis eſſe poſſit: interea tamen viſum eſt iuri magis conſentaneum, fœminam in poſſeſſione eſſe, cui iuris regula fauet, quam agnatos, quibus aduerſatur.

Ex quibus manifeſtum euadit, fundam. prioris ſententiæ nixum d. §. inter filium, & per quam infirmum eſſe, & potius noſtræ ſententiæ ſuffragari, ſi ratio rex. rectè perpendatur.

Quod vero attinet ad l. vlti. C. de edict. Diui Adria. toll. illa prorſus nullum præſtat argum. ſiquidem, cur hæres in teſtamēto inſtitutus, in poſſeſſionem bonorum defuncti mittendus ſit, illa eſt ratio: quia hæres ſuccedit in vniuerſum ius defuncti, *l. nihil aliud. ff. de regul. iur.* ſed fœmina in feuda non ſuccedit, merito in poſſeſſionem mitti non debet, niſi prius cognitum fuerit tale eſſe feudum, in quo etiam fœminæ ſuccedant.

CAPVT XXIII.

Ex quibus rebus legitima filiorum detrahenda ſit.

CVm filiis legitima in bonis parentum debeatur, eaq; ſit triēs, ſi filij ſint quatuor, vel ſemis, ſi plures exiſtant, vt notum eſt ex Nouella Iuſtin. de Triente, & Semiſſe. Controuerſia eſt nonnulla, in quibus bonis debeatur: ſeu ex quibus detrahenda ſit: Quam rem ego quatuor propoſitis concluſionibus commode explicari poſſe iudico.

Prima concluſio: Ex bonis Iuri primogenituræ ſubiectis, vt cum noſtris loquar, veluti ſunt Regna: Ducatus, Marchionatus & ſimilia, hæc enim primogenito ex conſuetudine deferuntur, legitima detrahenda non eſt. Huius aſſertores concluſionis ſunt Guido Papæ *deciſ.* 476. Gloſſ. *in c. licet. de voto.* Panormitanus *in conſ.* 12. *in tertio dubio, libro primo.* & alij, *quos refert & ſequitur Tiraquellus de iure primogenitorum, quæſtione quinta.* Ergo ſi Princeps plures habeat liberos, in Principatu ſuccedet primogenitus, nec ex eo legitima debetur aliis filiis: licet aliquid aliud in pecunia, vel in alia re ſit dandum, ex quo alimenta & alia neceſſaria conſequi poſſint.

Et huius concluſionis ratio eſt: quia eiuſmodi dignitates diuidi non debent, *vt in c.* 1. §. *Præterea Ducatus, de prohibita alien. feudi per Frider.* Nam vt Ariſtoteles inquit lib. 12. Metaphyſicor. [*Multos imperitare malum eſt, Rex vnicus eſto.*]

Secunda concluſio: Legitima debetur, iuſteque deducitur & aſſignatur ex bonis feudalibus, & emphyteuticis, ſi ſint hæreditaria, id eſt, conceſſa pro hæredibus quibuſcunque. *Ita docent Bartolus ad l.* 1. §. *nec Caſtrenſe, numero* 6. *ff. de collat. bonor. Ripa ad l. in quartam, num.* 177. *ff. ad leg. Falcid. Clarus in* §. *feudum, quæſt.* 46. *Menoch. in conſ.* 251. *nu.* 61. *libro* 3.

Probatur hæc concluſio: quia talia bona ſunt ſicut cætera hæreditaria & patrimonialia, quæ allodalia vocantur. Quare ſicut ex aliis bonis legitima debetur, ita & ex iſtis.

Tertia concluſio: Legitima non debetur, neque aſſignari poteſt ex bonis feudalibus ac emphyteuticis, quæ hæreditaria non ſunt, ſed conceſſa pro filiis & deſcendentibus, Doctores appellant ex pacto & prouidentia, ſi non acquiſita ſint à patre,

ſed

ſed ab auo, vel aliis aſcendentibus, *vti declarant Alexander in conſilio 29. numer. 4. lib. 5. Ripa in l. in quartam, num. 179. ff. ad legem Falcid.* Ratio eſt: quia legitima eſt pars bonorum patris, de cuius ſucceſſione agitur. Hæc autem bona non ſunt à patre profecta, ſeu acquiſita, ſed ab auo: Et conſequenter quaſi aduentitia ipſis filiis, & non patris, ſed aui beneficio parta, *argumen. l. quæſitum, ff. de leg. 1.*

Quarta concluſio: Legitima non debetur ex eiuſmodi bonis feudalibus & emphyteuticis à patre acquiſitis, ſi non hæreditariæ ſint conceſſiones ac inueſtituræ: ſed ex pacto & prouidentia. *Ita docent Angel. in §. optime. in Authent. de nupt. Caſtrenſ. ad l. ſi patroni. ff. ad Trebellian. Alexand. in conſ. 89. numer. 5. lib. 4.*

Fundamentum eſt: quia hæc bona filius non videtur habere patris beneficio, ſiue à patre ipſo: ſed potius à domino, qui conceſſit ac inueſtiuit patrem & filios: legitima vero debetur ex ſubſtantia patris, *l. ſcimus. §. repletionem. C. de inoffic. teſtament.*

Contrariam ſententiam habuerũt multi, quos refert & ſequitur Alexan. *in conſ. 29. num. 4. libr. 5. & in l. ſi patroni, ff. ad Trebell. Ripa ad l. in quartam, nu. 178. ff. ad leg. Falcid. Clarus §. feudum, quæſt. 46.*

Fundamentum eſt, quoniam filius hæc bona videtur à patre habere. Primo, quia pater illa acquiſiuit. Secundò, quia poterat illa alienare. Tertio, quia poterat ipſa feuda refutare in manus domini, vt loquuntur feudiſtæ. Poſtremo, quia cum ſtipulatur pro ſe, & filiis, primo ſibi ſtipulari & acquirere intelligitur, deinde filiis: & ſic videtur mortis cauſſa hæc bona filiis donare, argumento, leg. 2. ff. de donatio. cauſ. mort. Donatio autem cauſſa mortis in legitimam filio imputatur, *l. etiam, §. ſi patrono. ff. de bonis libertor.*

Reſpondeo, ſi pater emerit eiuſmodi bona, & pretium numerauerit, argumenta ſupra dicta locum ſibi vendicare. Et aliud præterea argumentum, quod ſumi poteſt ex l. omnimodo §. imputari. C. de inoffic. teſtament. vbi in militia, quam pater emit, ita conſtitutum eſt, vt in legitimam imputetur.

Cæterum, ſi de feudo agatur, quod ex mera gratia & beneficio domini proceſſerit, argumenta illa ceſſare videntur: quia non immediate ex patris ſubſtantia proueniunt eiuſmodi bona. Nec obſtat, quod pater potuiſſet non acquirere, vel refutare, vel alienare, quia, ſecundum Philoſophos, cauſa remouens prohibens, non dicitur eſſe cauſa per ſe, ſed per accidens.

Non obſtat, quod dicitur, patrem dum ſtipulatur primo ſibi, deinde filiis, videri mortis cauſſa donare, quia id iure non probatur. Et cum ipſe non det filiis, ſed tantum recipiat, non poteſt vlla donatio fingi quæ proueniat ex patre, ſed ex domino qui fundum dedit.

Si tamẽ proponatur feudalia bona fuiſſe conceſſa filiis, contemplatione ipſius patris, & non filiorum, tunc putarem ea profectitia eſſe, *argumento l. cum in plures. §. in arrogato. ff. de vulg. & l. profectitia. verſic. Et quid ſi quis patri donaturus. ff. de iure dot.* Et conſequenter in legitimæ ratione computanda, ſicut cætera bona, quæ ex patris ſubſtantia proficiſcuntur.

Caput XXIV.

Vtrum patris teſtamentum inter liberos valeat, ſi vni ex filiis legitimam abſque titulo inſtitutionis relinquat.

Teſtamentum patris inter liberos valere, quo vni ex filiis legitima abſque titulo inſtitutionis relicta ſit, autor eſt Accurſius, *in Auth. Nouiſſima, C. de inoffic. teſtam. in ver. titulo.* & alij, *quos refert & ſequitur Iaſ. ibi, nu. 16.* Argumenta vero ſunt iſta. Primum, quia teſtamentum etiam imperfectum inter liberos eſt ſeruandum, *vt in l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſtam.* Ex quo ſumitur argumentum, non eſſe neceſſario adhibenda iuris ſollennia: ergo, multo minus illud erit neceſſe, vt inſtitutionis tit. legitima relinquatur. Id enim ad ſolennia pertinere dubium non eſt.

Secun-

Secundum argumentum eſt ex c. Rainutius, de teſta. quatenus ibi S. Pont. mentionem facit cuiuſdam teſtamenti, in quo ſimpliciter tit. legati relictum aliquid fuit vni ex filijs, & illud teſtamentum valere præſupponit, nec infringit.

Tertium eſt ex traditis per Bartol. in l. 1. num. 62. C. de ſacroſanct. eccleſ. docet ibi Bartol. teſtamentum ad pias cauſas, in quo legitima filio relicta titulo inſtitutionis non eſt valere: quia in eo teſtamento non requiruntur Iuris Ciuilis ſolennitates. Sic ergo dicendum videtur etiam in teſtamento inter liberos: quia nec in eo tam ſubtiliter exigi oportet Iuris Ciuilis ſolennitates, relinqui poſſe legitimam abſque titulo inſtitutionis.

Quartum argumentum eſt: quia receptum eſt teſtamentum valere quo legitima titulo legati filijs relinquitur, ſi contineat clauſulam, Omni meliori modo, *vt docet Bald. in l. quoties. C. de hæred. inſtit. Marſilius Singul. 36.* Sed hæc clauſula, omni meliori modo, tacite intelligitur in teſtamento inter liberos, *vt tradit Gloſſ. in l. cohæredi, §. cum filiæ, in verbo, non valebit, ff. de vulg.* ergo teſtamentum inter liberos valebit abſque titulo inſtitutionis.

Sed contraria ſententia eſt communior, & vt mihi videtur, etiam verior. *Vide Couar. in cap. Rainut. §. 1. nu. 2. de teſtam. Clarum §. Teſtamen. quæſt. 8. verſ. ſed pone teſtator.* Fundamentum illud eſt ſolidum, quod generaliter ſancitum eſt à Iuſtiniano *in §. aliud quoque capitulum, in Authent. vt cum de appell. cognoſc.* filios eſſe inſtituendos, vel ex iuſtis cauſis exhæredandos, & ſic à parentibus honorabili inſtitutionis titulo vocandos ad hæreditatem. Cum ergo Imperator de teſtamento loquatur condito à parentibus perſpicuum eſt, ipſum loqui etiam de teſtamento inter liberos confecto & ſcripto. Quare omnis dubitatio eſt inanis & ſuperuacanea.

Ad primum argumentum reſpondeo, & ſi voluntas patris inter liberos ſeruanda ſit, etiam ex teſtamento imperfecto, quod ſcilicet, vel ſubſcriptione teſtium deſtitutum ſit, vel ſignaculis, vel id genus alijs ſolennitatibus, non tamen obtinere poteſt, ſi & ipſa inſtitutione filiorum, ſiue honorabili inſtitutionis titulo deſtitutum ſit. Immo vero tale teſtamentum reſcindi poterit, *vt in d. Nouella Conſtitutione Iuſtiniani habetur.*

Ad ſecundum reſpondeo, nullum poſſe fundamentum poni in c. Rain. quia narrat tantum Summus Pontifex teſtamenti tenorem, in quo filio aliquid relictum fuit, ſed quo titulo relictum fuerit, & quomodo non explicat. Quamobrem intelligi debet relictum fuiſſe eo modo, quo relinqui oportuit, *vt declarat optime Couuarru. ibi, numer. 7.*

Ad tertium ex autoritate Bart. reſponderi poteſt, eius ſententiam iure non probari nec defendi poſſe.

Ad quartum negatur in teſtamento inter liberos tacite illam Clauſulam, Omni meliori modo intelligendam eſſe, & illam Gloſ. multi reprobarunt, *vt per Couarru. loco annotato, num. 3.*

CAPVT XXV.

Quid ſi parens in teſtamento dicat, ſe filio centum pro ſua legitima relinquere.

SEd ruſus controuertitur: quid ſi pater dicat in ſuo Teſtaméto: Titio filio meo centum pro ſua legitima relinquo, vtrum valeat, ac ſufficiat, licet non dixerit, inſtituo? Reſpondit Bartolus ſufficere: quia intelligitur relicta eo modo, quo relinqui debet, hoc eſt, titulo inſtitutionis, ut inquam, reſpondit *in conſil. 151.* Idem reſpondit Franciſcus Tigrini eius coætaneus *in conſilio immediate ſequenti, inter conſilia eiuſdem Bartoli.* Sed contrarium quidam alius eadem tempeſtate Iuriſconſultus reſpondit, cuius reſponſum eſt ibidem impreſſum poſt conſilium Franciſci Tigrini. Bartoli ſententiam probarunt Caſtrenſis, & Decius *in l. humanitatis, C. de impub. & alius ſubſtit. Clarus alios citans, §. Teſtamentum, quæſt. 58. verſ. Sed quid ſi dicat.* Diuerſæ autem ſententiæ adſtipulati ſunt Salicet. *ad l. quoties. C. de hæred.*

hered. inſtit. Alexand. ad l. nam quod. §. non omnino, colum. 5. ff. ad Trebellian. & in conſil. 70. lib. 2. Iaſon in Authent. Nouiſſima, num. 28. C. de inoffic. teſtament. Cou. uarr. alios citans in c. Raynutius. §. 1. num. 6. de teſtament.

Fundamentum Bartoli eſt hoc, quod cùm parens ita relinquit, videatur tacitè relinquere eo modo, quo oportet; & ſic titulo inſtitutionis, *argumento l. vltim. C. de neceſſ. ſer. hered. inſtitut. l. ſciendum, ff. de verbor. obligat. cum alijs ſimilibus teſtimonijs, quibus dici ſolet,* intrinſecam ſolennitatem præſumi adhibitam fuiſſe.

Fundamentum verò contrariæ ſententiæ eſt illud; quod in propoſita facti ſpecie titul. inſtitutionis non fuiſſet adiectus, qui tamen neceſſario requiritur, *vt in d. Nouell. Iuſtin. Vt cùm de appellat. cogn. §. aliud quoque capitulum.* Neque enim verbum, Relinquo, certæ rei adiectum, inſtitutionem importat, *vt declarat Bartol. in l. Centurio, num. 33. ff. de vulgar.*

Hæc ſententia contra Bart. videtur mihi ſanè probabilior; quia ſi titulus inſtitutionis eſſet præſumendus, non eſſet opus illum adijcere, nec vnquam teſtamentum eam ob cauſam reſcinderetur, quòd legitima non eſſet relicta inſtitutionis titulo; ſemper enim dici poſſet, illum titulum inſtitutionis tacitè ſubaudiendum, ac intelligendum. Quam ob rem, vana eſſet Iuſtiniani conſtitutio in d. Nouella.

Nec me mouent argumenta Bart. Nam quod attinet ad primum, longè diuerſam habet rationem; quia cùm ſeruum quis hæredem inſtituit, neceſſe eſt vt libertatem ei reliquerit, vt in l. allegata: quia alioqui nec hæres eſſe poſſet, ſed filius poteſt conſequi ea, quæ relicta ſunt, etiam ſi titulo inſtitutionis non fuerint relicta.

Quod verò dicitur in l. ſi ſciendum. ff. de verb. oblig. [*Si quis ſcripſerit ſe fideiuſſiſſe, videri omnia ſolenniter acta.*] nihil obſtat; quia loquitur in dubio, cum ſcilicet non apparet, an ſolennia fuerint adhibita nec ne, tunc enim præſumuntur fuiſſe adhibita; neque etiam rectè ſcriptum eſſet fideiuſſiſſe. Sed hic verſamur in claris, cum in teſtamento prætermiſſus fuit titulus inſtitutionis; & pater dixit, ſe relinquere pro legitima, non eſt hic dubium, an adiecerit inſtitutionis titulum teſtator, necne; apparet enim non adieciſſe. Quare longè diſſimilis eſt caſus, & longè diſpar ratio.

CAPVT XXVI.

Vtrum legitima filiorum augeatur, auctis patrisfamilias facultatibus poſt eius mortem.

BONA defuncti patrisfamilias augeri poſſunt vel extrinſecè, vel intrinſecè, (placet enim vti vocabulis vſitatis apud pragmaticos Doctores.) Extrinſecè dicuntur augeri, cùm aliquid eis accedit, vel alluuione, vel alias ob cauſas. Intrinſecè verò, cùm eorum æſtimatio creſcit: ſæpè enim accidit, vt rerum pretia pro diuerſitate temporum varia ſint ac diuerſa. Et quidem ſi de extrinſeco agatur augmento, communis eſt ſententia, cui & ipſe aſſentior, legitimam non augeri. *Ita docent Paul. Caſtrenſ. & Alexand. in l. in ratione. 30. ff. ad leg. Falcid. Roman. Sing. 128. Volo tibi vnum dicere, & alij, quos refert & ſequitur Curtius ſen. in conſilio ſuo omnium vltimo.*

Et probatur hæc ſententia ex l. cùm quæritur, C. de inoffic. teſtament. ibi; [*Si quartam partem mortis tempore teſtator reliquit.*] Et ex l. ſi patronum. 44. §. ſi ex bonis, ff. de bonis libert. Solet autem in contrarium adferri l. ſerui qui. 42. ff. ad legem Falcid. Sed vera & communis eſt ſolutio, illum textum loqui de Falcidia, non autem de legitima. Ratio diuerſitatis eſt; quia vt Falcidiæ locus non ſit, latior fieri debet interpretatio: ſic enim legata non minuuntur, & voluntas defuncti executioni mandatur. Alia ratio eſt in Legitima. Nam ſi ea filio ſola ſit relicta, iam apparet noluiſſe defunctum plus filium habere; ſi verò non reliquit, teſtamentum non valet, ſed reſcinditur.

Cæterùm ſi de intrinſeco augmento agatur, controuerſia eſt inter Doctores; an inſpiciendum ſit tempus mortis teſtatoris, vel tempus, quo Legitima ipſa petitur. Sit hæc facti ſpecies: Deceſſit paterfami-

lias relictis bonis æſtimationis trium millium aureorum, hæc bona poſt decem annos æſtimantur ſex millibus. Quæritur, an filius, qui legitimam ſuam portionem non niſi poſt decem annos à parentis morte petijt, debeat illam obtinere ſecundùm æſtimationem eius temporis, quo pater vita functus eſt, quod ſi fiat, mille conſequetur: an verò ſecundùm æſtimationem eius temporis, quo illam petit, quod ſi concedatur, longè plus obtinebit, vt patet.

Et quidem inſpiciendum eſſe mortis tempus, & eius temporis præſtandam eſſe æſtimationem, cenſuerunt Baldus *in conſil. 22. lib. 4.* Curt. ſenior *in conſ. ſuo omnium vlt. Curt. iun. in conſ. 21. num. 14. Hippolyt. Riminald. alios citans, in conſil. 148. lib. 2.*

Argumenta ſunt iſta: Primum, legitima eſt portio bonorum, quæ erant tempore mortis patris, *l. cùm quæritur, C. de inoffic. teſtament.* Ergo debet aſſignari filio ſecundùm æſtimationem eiuſdem temporis mortis patris; quia ſi ea æſtimatio non obſeruetur, filius aliquando plus, aliquando minus habebit, quàm tempore mortis patris eſſet habiturus.

Secundò, legitima non augetur, licèt bona patris poſt eius mortem augeantur, extrinſecè, quò ad quantitatem, vt inter omnes conuenit, ergo idem reſpondendum eſt, ſi bona patris augeantur, quò ad æſtimationem, & pretium.

Tertiò, niſi tempus mortis patrisfamilias per omnia ſpectetur, etiam quantum ad æſtimationem, ſemper erit incertum, quanta ſit legitima filij, quia bona ſemper augeri vel minui poſſunt, quò ad æſtimationem. Hoc autem eſt abſurdum; Ergo, &c.

Contrariam ſententiam habuerunt Corneus *in conſil. 263. lib. 2.* Gratus *reſpond. 79. lib. 2.* *Bertrand. 141. lib. 2. Berengarius ad l. in quartam, num. 122. ff. ad leg. Falcid.*

Et hæc ſententia mihi veriſſima videtur. Namque augmentum, ac diminutio æſtimationis bonorum ad eum pertinere debeat, ad quem bona pertinent, *l. in ratione 30. ff. ad leg. Falcid. l. pignus, C. de pign. act.*

Sed legitima ad filium pertinet ſtatim à morte patris, l. Scimus, §. cùm autem, C. de inoffic. teſtament. ibi, [*Quia noſtra conſtitutio omnem dilationem, omnemque moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pars pura, & mox filio reſtituatur, &c.*]

Ergo omne augmentum, ac diminutio legitimæ portionis ad filium ipſum ſpectare debet.

Omitto cætera argumenta, quia non videntur mihi tam fortia, ac vrgentia.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, legitimam eſſe portionem tertiam, vel ſemiſſem bonorum, quæ tempore mortis erant. Et ideò rectè infertur, eius augmentum ad filium pertinere; quia ſi tempore mortis patris illam habuiſſet, proculdubiò etiam eiuſmodi commodum habuiſſet augmenti: Nec abſurdum eſt, filium plus conſequi ratione auctæ huiuſmodi æſtimationis, quam tempore mortis habuiſſet; Id enim fit ex accidenti, hoc eſt, ex mutatione pretij rerum & varietate, quàm varia, ac diuerſa tempora inducere ſolent.

Ad ſecundum argumentum iam reſponſio patet; quia alia eſt ratio augmenti extrinſeci, alia intrinſeci, quò ad æſtimationem, vt dictum eſt.

Ad tertium reſpondeo negando incertitudinem reſpectu corporum, hoc eſt bonorum ipſorum defuncti: legitima enim erit ſemper tertia pars, vel ſemis pro numero liberorum. Reſpectu verò æſtimationis, nil refert, an ſit incertitudo, nec ne, eo enim pacto omnibus incertum eſt, quid & quantum poſſideant, quoniam æſtimatio bonorum indies mutatur, vt notum eſt.

Capvt XXVII.

Si filio legitima à patre viuente fuerit aſſignata, vtrum auctis facultatibus patris, mortis eius tempore poßit filius eam petere ſecundùm bonorum quantitatem, quæ tempore mortis reperietur.

Pater

PAter filio legitimam ſuam dedit, poſtea factus eſt ditior, & mortuus eſt, filius petit legitimæ quantitatem iuxta tempus mortis, habita ſcilicet, bonorum ratione poſtea quæſitorum. Quæritur, an rectè petat. Non rectè petere, ſed contentum eſſe debere quantitate bonorum ſibi data à patre viuente pro legitima, docuerunt Iacobus Butrigar. *in l. pactum. C. de collat.* Roman. *in l. ſtipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obligat.* & alij, *quos refert & ſequitur Guilhelm. Benedict. ad c. Rainut. in verſ. Duas habens vxores, num. 242. de teſtament. Menoch. de Arbitr. iudic. caſu 149. num. 18.*

Fundamentum eſt, quia filius habuit legitimam iuxta facultates patris tunc viuentis, & ſic cùm voluerit eam ante tempus habere, ſibi imputare debet; nec enim ſe læſum fuiſſe allegare poterit ex eo, quòd pater alia bona quæſierit; quia potuiſſet amittere, & in ſumma paupertate mori; quo caſu nemo diceret filium aliquid reſtituere oportere, quaſi plus debito accepiſſet, habita ratione bonorum quæ tempore mortis erant: Itaque cùm ita ſe res habet, vt lucrum, & commodum parere poſſit, idque pendeat ex incerto, ac futuro euentu, læſio allegari, ac deceptio non poteſt, *l. de fideicommiſſo, C. de tranſact. l. 1. C. de pactis, l. ſi ea lege, C. de vſuris.*

Huc accedat, quòd ad læſionem cognoſcendam inſpiciendum ſit tempus rei geſtę, *l. voluntate, ad finem, C. de reſcind. vend. l. habitationum, ff. de periculo, & commodo rei vendit.* ſed ſi tempus, quo legitima aſſignatur, inſpiciatur, nulla apparet læſio ipſius filij; quia tunc pater non habebat plura bona, ergo nulla læſio allegari poteſt.

Contrariam ſententiam habuerunt Paulus Caſtrenſ. & Alexand. *in l. in ratione. 30. ff. ad legem Falc. Iaſ. in Auth. nouiſſima, num. 9. C. de inoffic. teſtam. & alij, quos refert & ſequitur Couuar. in cap. quamuis, in 3. part. § 1. num. 2. de pact. lib. 6. quibus adde Vaſquium de ſucceſſio. Creatione, lib. 2. & 20. 4. part. numer. 221. & D. meum Cephalum, in conſil. 165. num. 17. lib. 2.*

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur, & ſatis luculenter probari ex l. ſi quando, § 1. ff. de inoffic. teſtament. [*Si quis* (inquit) *à patre certas res, vel pecunias accepiſſet, & pactus fuiſſet, quatenus de inofficioſo aduerſus teſtamentum paternum querela ab eo minimè moueretur.* Et paucis verbis interiectis: *Huiuſmodi pacto filium minimè prægrauari ſecundùm Papiniani reſponſum, in quo definiuit meritis magis filios ad paterna obſequia prouocandos, quàm pactionibus adſtringendos.*]

Si non prohibetur filius impugnare teſtamentum, & conſequenter plus petere, & conſequi pro legitima portione, licèt pactus fuerit, de non petendo, & de teſtamento non impugnando: cùm certas res à parente pro legitima: vt ego interpretor, accepit: ergo multò minus prohiberi debet, cùm ſimpliciter accepit certas res pro legitima, & nihil pactus eſt, in contrarium. Huc accedat ratio: nam legitima portio moderanda eſt ex bonorum quantitate, quæ tempore mortis patris reperiuntur, *l. cùm quæritur, C. de inoffic. teſtam.* Cùm igitur mortis tempore facultates auctæ reperiantur, manifeſtum eſt ex illis ita auctis legitimæ portionem eſſe conſtituendam.

Ad argumentum contrarię ſententię reſpondeo; non eam ob cauſſam filio licere ſuam petere legitimam ſecundùm quantitatem bonorum, quæ tempore mortis patris eſt, quia videlicet ex pactione ſit læſus, qua legitimam pater illi viuens aſſignauit, ſed alia de cauſa; nempè, quia aut filius res certas pro legitima accipiens, pollicitus eſt ſe nil amplius petiturum, & talis promiſſio nihil valet; aut nec tacitè, nec expreſsè promiſit, & tunc nihil proponitur cur petere non poſſit legitimam ſibi aſſignari pro quantitate bonorum, quæ pater mortis tempore reliquit. At voluit, inquies, ante tempus habere legitimam, ergo ſibi imputare debet, nec enim ſi bona patris diminuta eſſent, aliquod reſtitueret. Reſpondeo, filium quidem ita voluiſſe, ſed eiuſmodi pactiones iure non probari, ſed potius reijci, ac proinde ſiue auctis, ſiue diminutis paternis facultatibus totam hanc legitimam portionem ad ſuum tempus referendam eſſe, & ex bonis relictis à defuncto prorſus moderandam fore.

CAPVT XXVIII.

De legitima parentum, & fratrum, an ſit triens vel quadrans.

FILIORVM legitimam non vt antiquo iure quadrantem hæreditatis, ſed trientem eſſe, inter omnes conſtat *ex Nouella Iuſtiniani de Triente & Semiſſe*. Sed & parentum legitimam eſſe trientem, vera & communis eſt ſententia, *vt notat Iaſon in Authent. Nouiſſima, numer. 36. C. de inoffic. teſtam. Caſtrenſ. in Authent. ex cauſa, numer. 2. C. de lib. præter. & Rolan. à Valle, in conſil. 39. lib. 3.* Et ſatis clarè probatur ex d. Nouella de Triente & Semiſſe, in illis verbis: [*Hoc obſeruando in omnibus perſonis, in quibus ab initio antiqua quarta ratio de inofficioſo lege decreta eſt.*]

Cæterùm, an idem conſtitutum ſit in ea legitima, quæ fratribus debetur, quoties turpis perſona eſt inſtituta, nonnulla eſt inter Doctores controuerſia. Etenim auctam non eſſe fratrum legitimam, ſed quadrantem intelligi, vt olim Autores ſunt Alexand. *in l. ſi patroni. §. vltim. ff. ad Trebell.* Cagnol. *ad l. 1. num. 22. ff. de inoffic. teſtamento. Natta in conſil. 478. Afflict. deciſ. 204.* quorum illud eſt fundamentum, quòd Iuſtinianus in Nouella de Triente & Semiſſe, legitimam duntaxat filiorum, & parentum auxerit, quibus ordinario quodam iure querela competit inofficioſi teſtamenti: non autem fratrum, quibus ita demum querela datur, cùm turpis perſona eſt inſtituta. Id patet: quia Imperator dicit in præfatione ſe diſponere velle, ſecundùm id, quod conſequens eſt naturę: Sed fratri non debetur legitima iure naturæ. Et cùm fratribus ab initio querela non competat inofficioſi teſtamenti, ſed ex poſt facto, cùm ſcilicet, turpis perſona eſt inſtituta, colligitur Imperatorem non de legitima fratris eſſe locutum in verſic. [*Hoc obſeruando in omnibus perſonis, in quibus ab initio, &c.*]

Verùm iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam amplector, & autoribus vtor, Hieronymo Gabrielio, qui & alios citat, *in conſil. 126.* & Iacobo Cuiacio, *in expoſitione Nouellæ 18. non procul à principio.* Et argumento ſumpto ex dicta Nouella, *in verſic. Hoc obſeruando, &c.* Si enim idem obſeruandum eſt in omnibus alijs, quibus antiquo iure querela competebat inofficioſi teſtamenti, vt videlicet eorum legitima ſit aucta, & triens eſſe intelligatur, ſequitur dicendum, idem etiam obſeruandum in fratribus, quibus conſtat querelam competiuiſſe turpi perſona inſtituta.

Nec verum eſt Iuſtinianum auxiſſe tantum earum perſonarum legitimam, quibus ordinario quodam iure querela competebat. Non hoc dicitur in Nouella.

Non etiam obſtat, quod dicitur ex poſt facto competere, non ab initio. Nam primùm illa verba, ab initio, in textu Nouellæ nil aliud ſignificant, niſi ſecundùm iura vetera: deinde ſi hæc ratio valeret, etiam parentibus non eſſet aucta; quoniam nec illi querelam inſtituere poſſunt, niſi ſint exhæredati, & ſic ex poſt facto. Illud tantùm eſt in fratribus conſtitutum, vt non habeant querelam, niſi ſint exhæredati, & ſimul inſtitutæ turpes perſonæ; ſed huius rei non eſt habenda ratio; quia ſatis eſt illos habuiſſe querelam antiquo iure, quod ſufficit, vt Conſtitutio locum habeat.

Denique illa verba præfationis Nouellæ non obſtant; quia Imperatoris intentio præcipua fuit prouidere filijs; ſed tamen etiam ad alios extendit ſuam Conſtitutionem, omnes videlicet, quibus querela competebat. Quare ſub hac lege fratres quoque contineri iudico, quia & ipſis olim querela competebat turpi perſona inſtituta.

CAPVT XXIX.

Quanta ſit legitima matris, ſi filius teſtamento condito hæredes inſtituat duos fratres vtrimque coniunctos, & matrem in legitima inſtituat.

CVM ſicut deſcendentium, ita & aſcendentium legitima ſit tertia pars hæreditatis, *vt dictum eſt in præcedenti capite.* iam alia oritur controuerſia: Filius condito teſtamento matrem in legitima inſtituit hæredem, duos fratres vtrinque coniunctos hære-

hæredes inſtituit; quæritur, quanta ſit matris legitima. Eſt antiqua & celebris controuerſia inter Iacob. Butrig. & Bart. Cenſuit Butrig. Legitimam eſſe tertiam partem totius hæreditatis. Bartol. contra, eſſe tertiam partem tertiæ partis hęreditatis. Bartoli ſententiam ſecuti ſunt Iaſ. *in conſ. 61. lib. 3.* Alexand. *in conſ. 14. lib. 1. Corneus in conſ. 150. lib. 1. & Iacobinus in l. pater filiũ, n. 40. ff. de inoff. teſtam.* Butrigarij vero ſententiam amplexi ſunt Bal. *in Authen. Nouiſſima. C. de inoff. teſtam.* Oldr. *in conſ. 123. Socin. ſen. in conſ. 75. n. 7. li. 3.*

Fundamentum Butrigarij eſt in §. 1. *in Authen. de Triente & Semiſſe*, vbi Imperator ſtatuit legitimam filiorum augendam eſſe ita, vt integram habeant tertiam partem hęreditatis: ac idem obſeruandam eſſe mandauit in omnibus, quibus querela inoſſicioſi teſtamenti competebat: & ſic idem obſeruandum eſſe colligitur ac infertur etiam in legitima parentum, vt dictum eſt. Conſequenter legitima parentum erit integra tertia pars hæreditatis.

Fundamentum vero Bartoli eſt, quia legitima eſt iam tertia, ſed olim quarta pars eius partis, quam quis ab inteſtato habiturus eſſet, *l. Papinianus. §. ſi quis mortis cauſa. ff. de inoff. teſtam.* Sed hoc in caſu mater ab inteſtato ſuccedens habuiſſet tertiam partem hæreditatis; quia duo fratres extabãt, inter quos & matrem hæreditatis diuidenda erat in capita, *vt notum eſt ex Authen. Defuncto C. ad Tertullianum.* Ergo legitima matris erit tertia pars huius tertiæ partis. Et hæc ſententia mihi ſane probabilior videtur: Quod enim ex Nouella de Triente & Semiſſe infertur legitimam matris portionem eſſe integram tertiam partem ſubſtantiæ ſeu hæreditatis filij, recte infertur: ac ſibi locum id vindicare poteſt, vbi mater eſt ſola, cui debetur inteſtati ſucceſſio: non autem vbi ſunt alij legitimi hæredes: Nam ſi, verbi gratia, quatuor eſſent fratres defuncti hæredes ab eo inſtituti, & mater in ſola legitima inſtituta, plus haberet mater, quam alij hæredes ſinguli, quod videtur eſſe abſurdum, præſertim ſi inſtituta mater fuerit in minima portione, quo in caſu legitimæ ſupplementum petere poteſt, *iuxta l. omnimodo. C. de inoff. teſtam.* petendo ſupplementum plus conſequeretur, quam quilibet ex hæredibus eſſet habiturus, & quam ipſamet eſſet habitura, ſi vna cum fratribus eſſet inſtituta.

Caput XXX.

Vtrum legitima ſit aſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda, vt valeat teſtamentum.

Legitimam aſcendentibus quocunque titulo relinqui poſſe, atq; adeo inſtitutionis titulum non eſſe neceſſarium, Barto. exiſtimauit *in Authent. Nouiſſima. C. de inoff. teſtam.* eo argumento adductus, quod idem ſit receptum in legitima patroni, *iuxta not. in l. 1. §. 1. ff. ſi quis a parente fuerit manumiſſ.* & quia, cum olim quocunq; titulo recte relinqueretur, *vt probatur ex d. Authen. Nouiſſima*, nullus extet locus, quo probetur in aſcendentibus ius antiquum immutatum eſſe, & legitimam inſtitutionis titulo illis relinquendam.

Sed contrarium docet vera & communis Doctorum ſententia, *vt per Iaſonem in d. Authen. nouiſſima, num. 3.* quæ probatur ex §. Aliud *quoque capitulum, iuncto §. Et hæc quidem de parentum ordinauimus teſtamentis, in Auth. vt cum de appell. cog.* Dicitur in §. aliud quoque capitulum, filios à parentibus hæredes inſtituendos eſſe, aut ex iuſta cauſſa exhæredandos, etiamſi eis legitimam portionem legati titulo vel alio modo reliquerint. Poſtea ſubdit Imperator: [*Et hæc quidem de parentum teſtamentis ordinauimus. Iuſtum autem perſpeximus & econtrario de liberorum teſtamẽtis hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere.*] Et infra: Diſponit idem, vt non liceat filijs parentes exhæredare ſine iuſta cauſa; ſed hæredes inſtituendos eſſe. Quamobrem illa verba hoc etiam in loco repetita videri debent, nempe: [*Etiamſi eis legitimam portionem legati titulo, vel alio modo reliquerint.*] Sed hæc res mihi videtur eſſe clarior, quam vt longiori egeat diſputatione.

CAPVT XXXI.

Vtrum filij, qui parentibus non ſuccedunt, in numero cenſendi ſint filiorum ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum, qui ſuccedunt.

GRauis eſt, ardua, & ſubtilis diſputatio: vtrum filij, qui à parentum ſuorũ ſucceſſione excluduntur, in numero filiorũ exiſtimandi ſint ad aliorum, qui ſuccedunt, legitimæ portionem, vel augendam, vel minuendam. Ego aliquot concluſionibus propoſitis rei obſcuræ aliquam lucem adferre, & diſſidentium Iuriſconſultorum ſententias explicare conabor. Igitur filius filiave à ſucceſſione patris excludi poteſt: Primo, exhæredatione ex cauſa legitima facta. Secundo, renunciatione iurata, *iuxta c. quamuis, de pact. lib. 6.* Tertio, municipali conſtitutione: vtputa, ſi exiſtentibus filiis maſculis fœminæ excludantur, dotatæ, vel dotandæ. Quarto, ſi filius incapax reddatur delicto perpetrato, vel religionis ingreſſu ordinis Minorum S. Franciſci. Poſtremo, ſi non velit ſuccedere, & ſic hæreditatem repudiauerit.

Rurſus, talis filius à ſucceſſione excluſus in numero filiorũ haberi poteſt ad minuẽdam legitimæ portionem aliorum filiorũ, qui ſuccedunt, vel ad eam augendã. Ad minuendam, exempli cauſa. Pater quatuor habet filios, quorum vnus aliqua ex præmiſſis cauſis à ſucceſſione repellitur, alij vero tres ſuccedere poſſunt. Quæritur, quanta ſit legitima horum trium filiorũ, videlicet, quoniam eſt triens: an non triens diuidendus ſit in quatuor partes, an vero in tres? ſi filius à ſucceſſione excluſus, in numero ſit habẽdus ad minuendam aliorum legitimam, triens erit in quatuor partes diuidendus, & ſic filiorum quilibet vnciam tantum habebit: ſi vero filius excluſus non ſit in numero filiorum, totus triens in tres tantum partes diſtribuetur, ita vt quilibet filiorum ſucceſſionis capacium tertiam partem trientis, non autem quartam, vt in alio caſu, conſequatur.

Ad augendam vero legitimę portionem aliorum, qui ſuccedunt, filius à ſucceſſione excluſus haberi in numero filiorum poteſt, hoc modo: Pater habet quinque filios. Vnus eorum non poteſt ſuccedere, is ſi in filiorum numero ſit habendus ad aliorum portionem augendam, tunc legitima erit ſemis, quaſi quinque ſint filij; ſin minus legitima erit triens, perinde ac ſi eſſent tantum quatuor, nulla ratione habita eius filij, qui non ſuccedit. *Tractant hanc quæſtionem Alexander & Iaſ. in l. plane. §. ſi duobus. ff. de legat. 1. Caſtrenſ. l. huiuſmodi. § ſi Titio. ff. eod. tit. & in conſil. 287. lib. 1. Guido Papa deciſ. 245. & 599. Curt. ſenior conſ. 5. Alciatus in conſil. 775. Socinus iunior in conſ. 25. li. 1. Fabianus de Giochis. & Marcus Antonius Cucchius in Authen. Nouiſſima. C. de inoff. teſtam. Bellonus in conſil. 83. Dominus meus Cephalus in conſ. 245. lib. 2. Iacob. Menoch. in conſil. 207. lib. 3. Andr. Gaill, lib. 2. obſ. 122.*

Hæc igitur ſit prima Concluſio: Filius exhæredatus à parente ex iuſta & legitima cauſſa, in filiorum numero cenſendus non eſt ad minuendam aliorum filiorum legitimam portionem: Itaque, ſi pater reliquerit tres filios, & iuſtam ob cauſſam vnum ex eis exhæredauerit, aliorum duorum legitima erit triens integer.

Probatur hæc concluſio ea ratione, quia cum filius exhæredatus nihil ex hęreditate patris habiturus ſit, cæteri filij, qui excluſi non ſunt, in tota hæreditate ſuccedunt; ergo legitima eorum erit tertia pars hæreditatis: quoniam legitima eſt tertia pars eius partis, quæ ab inteſtato defertur, *l. parentibus, C. de inoff. teſtam. l. Papin. §. ſi quis mortis cauſa, & §. quoniam. ff. eod. tit.*

Confirmatur hæc ſententia ex l. ſi poſt mortem. §. liberi. ff. de bonorum poſſeſſ. contra tab. [*Liberi*, inquit text. *qui contra tabulas habere non poſſunt, nec partem faciunt. Quod enim bonum eſt eis ſaucere, vt partem faciant nihil habituri.*]

Huc accedat text. in *§. ſi vero filios, in Auth. de nupt.* vbi Imp. ſtatuit lucra nuptialia reſeruanda eſſe filiis: [*Sed ſi* (inquit) *quis ex eis ingratus videtur, præmium hoc aliis damus nihil tale agentibus, vt & alios corripiamus, parentes honorare, & ad fratrum exemplum reſpicere.*]

Poſteà

Poſſem hoc adferre regulam, *l. plane. § ſi duobus. ff. de legat.* 1. vbi dicitur: eum qui ad partem non admittitur, partem non facere: ſed quia alibi contrarium dicitur, qua de re erudite Zaſius diſputat *lib. 1. Sing. Reſp. c. 19.* Ideo hoc argumento non vtor.

Cæterum ſententiæ ſupra dictæ aduerſantur Barto. & Paulus Caſtrenſ. *ille, in l. pater filium, numer. 14. ff. de inoff. teſtam. iſte, in d. l. plane. § ſi duobus, & in conſ. 286. lib. 1.* in eo tãtum caſu, quo pater tres filios habens, vnũ exhæredauit, & alios hæredes inſtituit in re certa, ac in omnibus aliis bonis extraneum hæredem inſtituit. Hoc in caſu exiſtimant exhæredati filij portionem nequaquam lucro cedere aliorum filiorum, ſed hæredis inſtituti. Hanc rationem afferunt, quod filij non exhæredati melioris conditionis eſſe nõ debeant propter alterius exhæredationem, ne culpa vnius aliis proſit. Sed hæc ratio nihil valet, quia contrarium docet Iuſtinianus *in d. § ſi vero, in Authent. de nupt.* nempe, partem exhæredati & ingrati aliorum, qui digni ſunt, & bene merentes, lucro cedere.

Secundum argumentum adferunt, quia, cum filij non exhæredati non ſint vniuerſales hæredes, ſed particulares in re certa, nõ poteſt eis accreſcere pars exhæredati, *arg. l. Proculo de leg. 2.*

Reſpondeo, filios non exhæredatos nõ hoc commodum habere ex iure accreſcendi; quaſi videlicet eis accreſcat pars exhæredati, ſed per remotionem obſtaculi, vt ita dixerim. Nam cum legitima ſit triens, illis ſolis debetur, qui ad ſucceſſionem vocantur: & filius exhæredatus obſtare aliis poterat, quo minus integrum haberent trientem: iam vero non obſtat: quoniam ille non ſuccedit, & cum à ſucceſſione ſit excluſus, videtur in conſequentiam à legitima quoque excluſus, quæ ſucceſſionis eſt pars.

Tertio vtuntur hoc argumento, quod teſtator exhæredati portionem maluiſſe credatur ad vniuerſalem hæredem peruenire quã ad filios in re certa inſtitutos. Sed quis talem patrisfam. mentem cognoſcere poterit? aut qua æquitate propriã quis ſobolem extraneis poſt habere credatur?

Secunda concluſio: Sicut exhæredatus filius in numero filiorum non habetur, ad aliorum portionem in legitima minuendam, ita nec ad augendam. Itaque, ſi paterfamilias quinque liberos habens, vnum ex illis exhæredauerit, & alios in legitima inſtituerit, illa erat in hoc caſu triens, quaſi quatuor ſint filij, non autem ſemis, perinde ac ſi quinque forent.

Probatur hæc communis & vera concluſio duabus rationibus: altera, quia legitima eſt pars hæreditatis, vt iam dictum eſt. Cum ergo quatuor duntaxat filij ad hæreditatem vocentur, ſequitur legitimam eſſe trientem, nulla ratione habita eius filij, qui exhæredatus, quia videlicet ab hæreditate excluditur. Altera eſt ratio, quoniam Imperator ideo decreuit legitimam eſſe ſemiſſem quando ſunt plures filij, quã quatuor, ne nimis pauperes eſſent, ſi tantũ trientem haberent, *vt in d. Nouella, de Triente & Semiſſe.* Sic enim ait text. [*Frequenter igitur & alia vice mirati ſumus, quomodo legitimus & beneuolus filius, quibus agunt gratias parentes, quibusque quod relinquitur tam etiam debitum vocant ſolum triuncium definierunt, ex neceſſitate relinqui: reliquum vero interim voluntate parentum, & capiunt quidem cognati omnia, & extranei: filij vero, licet multi conſiſtant, confundantur: & triuncium diuidunt ſolum, vel ſi decem in forte, aut amplius fuerint pauperes erunt filij, donec vicerint parentes idonei.*]

Vbi ergo quatuor tantum exiſtunt, inter quos legitima diuidatur, ceſſare videtur ratio paupertatis: Eſt autem ita in propoſita facti ſpecie: quia filius exhæredatus non habet partem, & ſic ſoli tres trientem participabunt.

Sed iterum hic repugnantem Bar. habemus, *in d. l. pater filium, n. 15. ff. de inoff. teſta.* vbi docet, eo in caſu, quo exhæredati portio cæteris fratribus accreſcit, legitimam portionem filiorum non exhæredatorum ex perſona exhæredati augeri. Mouetur hoc argumento: quod videlicet filij exhæredati portio cæteris filiis accreſcat, *ex l. qui repudiantis, & l. ſi ponas. § vltim. ff. de inoff. teſtam.* Quibus in locis habetur: vno ex filiis

exhæ-

exhæredatis renunciante querelæ, reliquis eius portionem accreſcere, ita, vt reſciſſo per querelam teſtamento, totam obtineant hæreditatem.

Sed hæc videntur mihi diſſimilia: quoniam ibi filio exhæredato competit querela, & portio hæreditatis reſciſſo teſtamento: quamobrem ſi non velit querelam intentare animo repudiantis, *vt inquit text.* merito illius portio cæteris accreſcit, *iuxta l. vnam. C. quando non petentiũ partes petentibus accreſcant.* Cæterum, in ea facti ſpecie, de qua agitur, cum filius ex legitima cauſa exhæredatus proponatur, ille non habet partem vllam, ideoque nec alijs accreſcere poteſt: Tunc enim ius accreſcendi locum habet, cum portio vni eſt delata, qui non vult, vel non poteſt eam habere, *vt in d. l. vnica. C. quando non peten. partes, & in l. vna. §. vbi autem. C. de caducis tollend. & in ſpecie noſtra declarat Alexan. in d. l. planc. § ſi duobus, num. 5. de legat. 1.*

Tertia concluſio, filius ex delicto, vel aliam ob cauſam incapax hereditatis & ſucceſſionis effectus, inter filios recenſendus non eſt, quo ad aliorum filiorum, qui capaces exiſtunt, portionem vel minuendam, vel augendam.

Hęc concluſio confirmari poteſt iiſdem argumentis: quibus in præcedentibus vſi ſumus, neque enim ratio diſcriminis apparet inter hunc & præcedentes caſus.

Quarta Concluſio: Filia excluſa renunciatione ab hæreditate paterna, *iuxta formã c. quamuis, de pactis, lib. 6.* non eſt refetenda in filiorum numerum, ad augendam aliorum filiorum, qui non renunciarunt, portionem, ſed ad eam minuendam inter filios, reputanda eſt.

Probatur vtraque pars Concluſionis hoc modo: vbi filia renunciat hæreditati paternę, illa renunciatio cedit in fauorem, & commodum patris: quia pater dote ei data non tenetur amplius eam inſtituere: Ergo ſi, v. g. pater habeat tres filios, & filiam, eaque renunciauerit, iam pater eius portionem conſecutus eſt: & conſequenter in numero filiorum eſt habenda, ad hoc, vt triens diuidatur in quatuor partes, quarum vna cedat patri vigore renunciationis, aliæ tres cedant alijs tribus filijs. Non habetur autem in numero filiorum, ad augendam aliorum legitimam: quia ſi pater damnum ſentiret ex renunciatione. Et quia ſi, verbi gratia, ſint quinque filij: & inter eos filia renuncians, ſoli quatuor inter ſe diuident trientem.

Quinta concluſio: Filia à ſucceſſione excluſa vigore Statuti mandantis eam dotari, & filios maſculos ad ſucceſſionem vocantis, non eſt in numero filiorum ad minuendam portionem legitimæ maſculorum.

Probatur quoniam excluſa à ſucceſſione dicitur eſſe excluſa etiam à legitima: cũ illa ſit pars hæreditatis, & ſucceſſionis: Et cum illa non admittatur ad partem, nec partem facere debet ad aliorum detrimentum, *l. planc. § ſi duobus. ff de leg. 1.*

Huc accedat, quod tale ſtatutum conditum eſſe videtur in fauorem maſculorum & agnationis: ſed ſi filia faceret partem ad diminuendam maſculorum portionem, videretur in odium quodammodo retorqueri, *l. quod fauore. C. de legibus.*

Contra iſtam Concluſionem adferri ſolet textus *in l. huiuſmodi. §. ſi Titio, de leg. 1.* [*Si Titio, & Mæuio* (inquit textus) *legatus fuerit Stichus, qui Titij erat, debebitur pars Stichi Mæuio. Nam Titius quamuis ad legatum admittatur, partem facit.*]

Reſpondeo, Titius ibi non admittitur ad partem legati: quia dominus erat ſerui, & res propria nõ poteſt alicui legari, *l. proprias. C. de legatis.* Facit autem partem, quia ius retentionis habet iure vetuſtioris dominij, *vt ibi explicat Bartolus. & poſt eum Zaſius, lib. 1. Sing. Reſponſ. cap. 19. & Socin. iun. in d. conſ. 25. n. 12. lib. 1.*

Sexta Concluſio, Filia ſtatuto excluſa à ſucceſſione, vt ſupra, inter filios annumeranda eſt ad legitimæ portionem maſculorum augendam, vt, ſi verbi gratia, ſint quinque, & inter eos filia excluſa: legitima ſit ſemis, non autem triens.

Probatur: quia hic ſunt quinque filij, ergo legitima eſt Semis, vt in Nouella, de Triente, & Semiſſe. Non obſtat, ſi dicatur filiam

filiam quidem extare, ſed non ſuccedere; quia nihilominus in numero eſt habenda ad commodum filiorum. Ratio eſt: quia dotem habuit, vel habitura eſt, & ſic dos videtur eſſe loco legitimæ, quamobrem erit perinde, ac ſi ipſa quoque legitimæ portionem habuiſſet; conſequenter alij pinguiorem partem habere debent; quia incommodum ex dote data, vel danda, habituri ſunt. Et ſanè, ſi trientem tantùm haberent, cum onere dotis dandæ, nimis exigua eſſet portio eorum.

Sed contrarium reſpondit Paulus Caſtrenſ. *in conſil.* 287. *lib.* 1. atque vtitur hoc argumento. Is qui loco extranei cenſeri debet, non poteſt in numero filiorum haberi; quia hæc longè differunt, haberi pro extraneo, & haberi pro filio: Sed filia ſic excluſa pro extranea habetur, quantum ad ſuccedendum patri: Ergo non debet pro filia haberi, quantum ad eum effectum. Aſſumptio probatur: quia nec talis filia querelam habet inofficioſi teſtamenti, nec ei legitima debetur; cùm enim à ſucceſſione excluſa ſit, videtur etiam excluſa à legitima, quæ pars eſt ſucceſſionis.

Reſpondeo, filiam ſic excluſam non haberi prorſus pro extranea perſona: quia dotari debet, & dos eſt loco legitimæ; quæ res cùm in detrimentum cedat filiorum maſculorum, meritò & ipſi ex eius perſona pinguiorem, & vberiorem facient legitimæ portionem.

Quædam alia adferuntur argumenta contra ſuperiorem ſententiam, ſed illa & leuia ſunt, & diligenter à Domino meo Cephalo refutantur *in d. conſil.* 245. *lib.* 2. vt non ſit operæpretium actum agere.

Poſtrema Concluſio: Si filius ſit excluſus à ſucceſſione, quia nolit ſuccedere, ac repudiauerit hæreditatem, illius portio hæreditatis conſequenter etiam legitimæ cæteris accreſcit, *l. vna C. quando non petent. partes, petentibus accreſcant.*

CAPVT XXXII.

Vtrum legitima filiorum Statuto tolli poſſit.

CONTROVERSIA etiam eſt circa legitimam filiorum, an ea tolli ex Statuto poſſit? Sunt enim qui exiſtimant tolli poſſe, ſunt qui negant; & non deſunt, qui minui poſſe affirment, tolli autem poſſe negent. *Vide Couarr. in 4. lib. Decret. part. 2. c. 8. §. 6. num. 5. Andream Gaill. lib. 2. obſeru.* 122.

Qui tolli poſſe exiſtimant, hoc argumento vtuntur: Id quod Iure Ciuili conſtitutum eſt, alio Iure Ciuili, nempè, ex Statuto, mutari & tolli poteſt, *vt in §. ſed naturalia, in Inſtitut. de Iure natur. gent. & Ciuili.* Sed legitima eſt à Iure Ciuili conſtituta, ergo alio Iure Ciuili puta Statuto, tolli poterit.

Aſſumptio probatur ex l. *Lege 12. Tabularum. C. de legit. hæred.* vbi Imperator ait: Lege 12. Tabularum conſtitutum eſſe, vt ad ſucceſſionem tam maſculi filij, quàm fœminæ vocentur. Legitima verò eſt pars ſucceſſionis. *Et ex §. 1. in Authent. de Triente & Semiſſe.* vbi Imperator dicit: Legem parentibus neceſſitatem imponere, vt filijs legitimam relinquant.

Confirmatur hæc ſententia: nam remedia, quibus ipſa hæreditas, ac legitima obtineri poteſt, Iure Ciuili prodita ſunt; veluti querela inofficioſi, petitio ſupplementi, & ſimilia: Ergo Iure Ciuili videtur eſſe legitima conſtituta.

Negantis autem ſententiæ firmamentum eſt in contrario Syllogiſmo. Quod iure naturali debetur, mutari ac tolli Iure Ciuili non poteſt, §. *ſed naturalia, in Inſtitut. de iure natur. gent. & ciuil.* ſed legitima iure naturali debetur, & filijs conſtituta eſt; Igitur Statuto tolli non poterit.

Aſſumptio probatur primùm ex l. cùm ratio, ff. de bonis damnator. [*Cùm ratio naturalis* (inquit textus) *quaſi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem adijciat, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando. &c*]

Secundò, ex l. ſcripto. ff. vnde liberi, Papinia-

pinianus: [*Liberos ad bona parentum natura ſimul, & commune parentum votum admittit.*]

Tertiò, ex §. primum itaque, in Authent. de hæredib. & Falcid. [*Primùm itaque* (inquit textus) *illud eſt cogitandum; quia teſtantibus alijs quidem neceſſitatem imponit Lex, diſtribuere quandam partem perſonis quibuſdam tanquam hoc ſecundùm ipſam naturam debeatur, quale eſt filijs, & nepotibus, & patribus atque matribus, interdum verò etiam fratribus, &c.*]

Quartò, ratione probatur: nam legitima debetur filijs, vt ex ea ſe alere, & ſuſtentare poſſint, *teſte Imperatore, in Auth. de Triente & Semiſſe:* Cùm ergo alimenta iure naturæ filijs debeantur, *l. 1. §. ius naturale. ff. de iuſt. & iure.* ſequitur & legitimam eodem iure deberi.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt in eo poſitum, quòd iure naturali legitima debeatur; & idcirco tolli in totum non poſſit, ſed quia eius quantitas Iure Ciuili præſcripta, & definita eſt, idcirco ex lege municipali aliqua ex parte minui poſſe, iuſta ſcilicet, cauſa ſubſiſtente.

Hanc poſtremam ſententiam æquiorem ac probabiliorem eſſe iudico, & omninò ſequendam; tum, quia ſupremum Cameræ Imperialis tribunal eam ſequi ſolet, *teſte Andrea Gaill, loco proximè citato;* tum quia illam amplecti ſolet etiam Rota Romana, *vt notatur deciſ. 18. in nouiſſ. Fuit dubitatum, & deciſ. 476. Nota conſuetudo, in antiquis.*

Ita tamen hanc ſententiam arbitror locum ſibi vendicare poſſe; ſi modò non ita minuatur, vt ad filiorum ſuſtentationem non ſufficiat; Cuius declaratione autore vtor Couuarruuia, *loco proximè citato:* & eo argumento, quòd alioqui Statutum eſſet iniquum, & irrationabile, & conſequenter non valeret, *c. Erit autem lex, quarta diſtinctio.*

Ex his argumenta in contrarium non obſtare manifeſtum eſt. Eſt enim legitima partim Iure Ciuili, partim Iure Naturali conſtituta: Iure Ciuili quoad quantitatem, Iure Naturali, quo ad rem ipſam & ſubſtantiam; ideo, quatenus ex Iure Ciuili definitionem accepit, mutari poteſt, quatenus verò ex Iure Naturali debetur, mutari non poterit; vti nec ipſum Ius Naturale.

Capvt XXXIII.

Vtrum pater aſſignare filio legitimam poſſit in pecunia numerata.

Si pater filium in legitima inſtituerit, eamque in pecunia aſſignauerit; vtrum filius cogatur acquieſcere paternæ voluntati, non eadem eſt omnium ſententia. Etenim, ſi in hæreditate relicta, pecunia reperiatur, affirmant cogendum filium acquieſcere, & eam acceptare, poſt alios, quos citant Ripa, *ad l. in quartam, num. 126. ff. ad legem Falcid.* & Iacobus Menochius, *de arbitr. iudic. Caſu 163.* Fundamentum eſt: quia legitima relinqui debet ex ſubſtantia patris: Talis autem eſt pecunia in hæreditate inuenta; ergo nihil prohibet, quominus in eiuſmodi pecunia aſſignari poſſit ac relinqui. Nam & omnia bona patri alienare permiſſum eſt, ſi velit, eaque in pecuniam redigere, nec filio iniuriam facere videtur.

Cæterùm negantem ſententiam amplexi ſunt Bart. *in l. ſuus quoque. ff. de hæred. inſtit. ad finem.* Alex. *in conſ. 79. lib. 1.* Iaſ. *ad l. non amplius. §. cùm honorem, numer. 7. de leg. 1.* Et fundamentum eſt: quia legitima eſt tertia pars vel Semis, pro numero liberorum, paternæ ſubſtantiæ, *vt patet ex §. 1. in Authent. de Triente & Semiſſe.* Ergo in ipſis bonis ac ſubſtantia eſt aſſignanda, non autem in pecunia: Intereſt enim filij, potius res habere quàm pecuniam, propter iuſtam affectionem, eam ob cauſſam, quòd fuerit maiorum ſuorum; *argumento l. ſi in emptionem. ff. de minorib.*

Hæc ſententia videtur mihi tutior: & confirmari poteſt ex eo, quod parentibus non licet, nec modum, nec dilationem, nec conditionem, nec quodcunque aliud grauamen legitimæ adijcere, *l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtament.* Videtur autem aliquis modus, immò grauamen adijci, cùm in pecunia numerata legitima aſſignatur filio. Nam debet ei liberum ius patere eam conſequendi prout iuſtum videtur; non quidem vnam rem eligendo meliorem, vel ex rebus ſingulis cum aliorum præiu-

par-

partem deducendo; ſed ita res eſt moderanda Iudicis arbitrio & prudentia, vt ex vna vel pluribus rebus legitima deducatur, filioq́ue aſſignetur, prout magis commodum & minus alijs damnoſum videbitur, *argument. l. non amplius. §. cùm bonorum, & l. Sequentis, de leg. 1. & l. 2. C. quando, & quibus quarta pars debeatur, lib. 10. vide Menoch. dicto caſu 163. num. 16.*

Capvt XXXIV.

Vtrum legitimam filius amittat, propter inuentarium non confectum.

NOn eſt omittenda celebris hæc controuerſia; Vtrum filius Legitimam amittat propter Inuentarium non confectum. Et quidem filium legitimam amittere propter Inuentarium non confectum, atque adeò, ad omnia legata & fideicommiſſa perſoluenda teneri, etiam ſi eis ſolutis nihil pro legitima ei ſuperſit, autores ſunt multi. Oldrad. *in conſil.* 134. Paul. Caſtrenſ. *in conſil.* 188. *lib.* 2. & alij, quos diſtinctione quadam adhibita refert & ſequitur Couuarr. *in c. ſi heredes, num. 10. de teſtam. ſed latiſſimè omnium Franciſcus Sarmientus lib. 2. Selectar. Interpret. c. 7. addi poteſt his & Cuiacius, in expoſitione d. Nouellæ, de hered. & Falcid. & Phanucius de Inuentario heredis, parte 7. num. 13.*

Argumenta verò tria ſunt potiſſimùm. Primum eſt; quia hæres, qui inuentarium non confecit, tenetur etiam vltra vires hæreditarias; nec diſtinguitur an ſit ſuus hęres vel alienus, *l. vlt. C. de iure delib. §. ſin autem dubias, & in §. ſi verò poſtquam. Et diſertè habetur in §. ſancimus, verſ. ſi verò non fecerit, in Authent. de hered. & Falcid. Si verò non fecerit Inuentarium,* &c. inquit Iuſtinianus, [*complebit legatarios & fideicommiſſarios, quamuis pura ſubſtantia morientis excedat menſuram legatorum datio.*]

Secundum argumentum eſt. Hæres non conficiens Inuentarium; ſi ſit creditor defuncti, actionem & creditum amittit, *l. debitori. C. de pactis.* Hoc eſt enim vnum ex beneficijs, quæ conſequitur ex Inuentarij confectione, vt actiones hæredi ſint ſaluæ, quas contra defunctum habuit, *vt in d. l. vlt. §. in computatione. C. de iure deliber.* Ergò etiam filius hæres non conficiens Inuentarium, actionem ad legitimam, & illud quaſi creditum, amittet.

Tertium argumentum eſt: quia ita conſtitutum eſt in Falcidia, vt eius commodo & beneficio hæres non fruatur, qui Inuentarium non confecerit, *vt in d. l. vltim. C. de iure deliber. & in Authent. de hered. & Falcid.* præſumitur enim ſubtraxiſſe bona, quæ Falcidiæ ſufficiebant, *vt ibi dicitur.* Ergo idem eſt in legitima.

Et confirmari poteſt hoc argumentum; quia in Falcidia eadem ratio videtur, quæ in legitima: nam ante ius nouiſſimum, etiam Falcidia à teſtatore prohiberi non poterat; *l. ſi vt allegas, l. quanquam. C. ad legem Falcid.* ſicut nec legitima. Ergo idem iuris videtur eſſe in vtraque.

Sed contrariam ſententiam amplexi fuêre gloſſ. & Alexand. *in l. vltim. §. penultim. C. de iure deliber. Idem Alexander, in conſil. 67. lib. 4. & 134. lib. 1. Imol. in c. 1. numer. 10. de teſtament. Alciatus in conſil. 41. lib. 9. ſecundùm impreſſionem Lugdunenſem. Cagnol. in l. Papinianus. §. meminiſſe, num. 13. ff. de inoffic. teſtam. Oſaſcus deciſ. Pedemont. 148. num. 6. Rolandus à Valle de confectione Inuentarij, §. 5. §. dubitatio oritur. Andr. Gaill, lib. 2. practic. obſeruat. c. 138. num. 14. qui & alios citant.*

Et hanc ſententiam ego probabiliorem eſſe iudico. Primum enim ſatis firmum pro eius confirmatione illud eſt argumentum, quòd nulla lege cautum hoc ſit, quemadmodum in Falcidia, quæ locum habet cùm vltra dodrantem legata relinquuntur. Deinde illud eſt firmiſſimum argumentum; quoniam hęc diſputatio oriri non poteſt, niſi cùm filius hæres inſtitutus, & legatis vel fideicommiſſis vniuerſalibus aut particularibus grauatus eſt: quantum enim attinet ad æs alienum defuncti, inter omnes conſtat, illud legitimę præferendum eſſe, *ex l. Papinianus, §. quarta, ff. de inoffic. teſtament.* Sed illud certum eſt, legitimam nec directè tolli poſſe, nec indirectè, nec vllum grauamen præiudiciumve filio inferri in legitima poſſe, *vt in l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſtament. poſſe, ſcimus, §. cùm autem. C. eod. & habetur in Nouella de reſtitutionib.* & ea quæ parit in vndecimo menſe, vbi ca-

uetur, legitimam eſſe excipiendam ab onere reſtitutionis iniunctæ. Ergo legata & fideicommiſſa, quibus legitima vel tollitur, vel diminuitur, irrita ſunt, & pro non ſcriptis habenda. Ergo filius etiam inuentarium non conficiens, propter eiuſmodi legata & fideicommiſſa, damnum in legitima ſentire non poteſt, nec debet: neque enim inuentarij confectio ei à lege iniungitur, vt legitimam integram & nulli oneri ſubiectam obtinere valeat. Quod ſanè, ſi neceſſarium fuiſſet, æquum erat exprimere, vt filius ſciuiſſet leges, quibus legitimæ proſpectum eſt, ceſſare inuentario non confecto, ſicut expreſsè cautum eſt in Falcidia.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondetur, hæredem inuentarium non conficientem ad legata præſtanda & fideicommiſſa teneri vltra vires hæreditarias, cùm talia ſunt legata & fideicommiſſa, quæ de iure valent, & relinqui potuerunt, ſed legata & fideicommiſſa in præiudicium ac diminutionem legitimæ ordinata, irrita ſunt, ac nullius momenti, & pro non ſcriptis habentur, vt iam dictum eſt, ergo filius ad ea ſoluenda non tenetur.

Ad ſecundum reſpondeo, argumentum illud locum habere poſſe, cùm filius hæres inſtitutus, vel ab inteſtato ſuccedens nemini tenetur hæreditatem reſtituere, vel legata præſtare, quibus hæreditas exhauriri poſſit: tunc enim cùm ſit hæres, & bona teneat, actiones illi competentes confunduntur; ſed cùm hæreditatem alijs reſtituere tenetur, vel legata præſtare, alia eſt ratio; tunc enim ſeparare poteſt legitimam ſibi debitam, eamque ſaluam ac præcipuam retinere, & reliquum reſtituere. Nec illud ius legitimæ ſiue ad legitimam pertinens, quod filio competit, ex aditione confundi poteſt; quia iam per legem prorſus exceptum & exemptum eſt ab omni reſtitutione ac onere. Si enim vult lex legitimam exemptam eſſe à reſtitutionis onere, conſequenter vult legitimam filio reſeruare, eamque ſeparare ab omni onere reſtitutionis: *Quamobrem præſentem ponimus legem,* inquit Iuſtinianus in Authent. de reſtitut. & ea quæ parit, &c. *Omnia quidem alia prioris a nobis poſita conſtitutionis, rata manere volentes: hoc verò innouantes ſolummodò, vt ſi quis de cætero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum, primum quidem ſeruet filio legitimam partem, non quartam, &c.*

Hæc igitur legitima, quomodo poſſit legatis vel fideicommiſſis exhauriri, & exinaniri, eo, quòd filius inuentarium non confecerit, cuius conficiendi ad hunc effectum, legitimæ non admittendæ nullum à lege præceptum habet, ego prorſus non intelligo; ſi enim legatum ac fideicommiſſum ab ipſo initio non præiudicat legitimæ, nec illam tangit, quia reſeruanda eſt, quomodo fideicommiſſo abſorberi poterit ex poſt facto, ob inuentarium non confectum?

Ad tertium argumentum reſpondeo, de Falcidia id quidem luculenter conſtitutum fuiſſe; ſed alia eſt detractio ex lege Falcidia, alia eſt legitima filijs debita illa, vt maximè olim prohiberi non potuerit à teſtatore, nunc tamen poteſt, vt illa ipſa Nouella de hæredibus & Falcidia conſtitutum eſt à Iuſtiniano: hæc verò olim, nec hodierno iure prohiberi à parente, tolli, minui, aut abſorberi poteſt, & omnia quæ in eius grauamen ſcripta ſunt, pro non ſcriptis cenſentur. Illa nec ratione naturali debetur, & legi antiquæ duodecim tabularum repugnat, qua conſtitutum erat, vt quiſque rei ſuæ legaſſet ita ius eſto, hæc iure naturali debetur, & omnibus legibus antiquis & nouis adiuuatur, ac relinqui præcipitur: Cur igitur argumentari liceat ex Falcidia ad legitimam, cùm ad affirmandum infirmum argumentum appareat à minori ad maius? ab eo quod diuerſum eſt? quod differentem rationem habet?

Capvt XXXV.

De inuentario heredis controuerſiæ aliquæ, & prima circa tempus illud conficiendi, an incipiat ex die aditæ, an verò delatæ hæreditatis.

NOn alienum fore putamus aliquas his adnectere controuerſias Doctorum de In-

de Inuentario hæredis. Et illam inprimis: quoniam *in l. vlt. C. de iure delib.* triginta dies conſtituti ſunt, ad illud inchoandum, & alij ſexaginta ad perficiendum, niſi res hæreditariæ, vel maxima earum pars poſita ſit alibi, tunc enim hæres anni ſpatium habet ad inuentarium conficiendum, *vt in ea lege dicitur.* Hæc cum ita conſtituta ſint, oritur controuerſia; quando tempus hæredi incipiat currere, an ex die aditæ hæreditatis, an vero delatæ: Et quidem communior videtur ſententia, illud incipere ex die aditæ hæreditatis, *ita enim docet Gloſſ. in d. l. vlt. in ver. delatam, quam ſequuntur Bart. Paul. Caſtrenſ. Alex. Iacobin. & Corneus in Commentariis eiuſdem loci, alijq́ non pauci, quos refert & ſequitur Rolan. à Valle de confectione Inuentarij in 3. part. §. quæritur quo tempore.*

Fundamentum eſt primo in d. l. vltim. §. ſi vero poſtquam, C. de iure deliberan. [*Si vero poſtquam adierint, vel ſeſe immiſcuerint præſentes, vel abſentes, inuentarium facere diſtulerint, & datum iam à nobis tempus ad inuentarij confectionem effluxerit, &c.*] His enim verbis textus indicare videtur, tempus præfixum currere, poſtquam hæres adiuit hæreditatem.

Secundo, quia textus dicit *in d. l. vlt. C. de iure delib.* in ipſo inuentario ante omnia præponendum eſſe venerabile ſignum ſanctæ Crucis manu hæredis; ſed nemo dicitur hæres proprie, niſi qui hæreditatem adiuit, *l. ſi in diem, ff. de cond. & demonſt. l. ſtatu liberos, §. ſi quis hæredi ff. de ſtatu liberis.* Ergo textus præſupponit iam aditam eſſe hæreditatem, cum inuentarium conficitur.

Tertio, quia dicitur *in d. l. vlt. §. donec C. de iure delib.* hæredem intra tempus inuentarij conficiendi à creditoribus, legatarijs, & fideicommiſſarijs moleſtari non poſſe. Hoc autem fruſtra diceretur, niſi cum inuentarium hæres conficit, iam adiuiſſet hæreditatem. Si enim hæreditatem non adierit, indubitatum eſt moleſtari non poſſe.

Sed contraria ſententia mihi longe probabilior videtur; nempe, tempus, de quo agitur, ex die delatæ hæreditatis currere. *Ita docuit olim Ricardus Malumb. Ioan. And. ad Spec. tit. de inſtr. edit. §. vlt. Odofr. in Auth. Sed cum teſtator, C. ad leg. Falc. Abb. in conſ. 73. Plat. nu. de inuentario in 1. part. in prin.*

Et omiſſis inutilibus argumentis, iuxta meum antiquum morem, (quid enim prodeſt inutilia referre argumenta, eaq; refellere?) Fundamentum huius ſententiæ ſolidum eſt in d. l. vlt. C. de iure deliber. verſic. Sin autem dubius, vbi text. ita dicit: [*Sin autem dubius eſt, vtrū admittenda ſit necne defuncti hæreditas, non putet ſibi eſſe neceſſariam deliberationem, ſed adeat hæreditatem, vel ſeſe immiſceat, omni tamen modo inuentariū ab ipſo conficiatur, vt intra triginta dies poſt apertas tabulas, vel poſtquam nota fuerit ei apertura tabularū, delatā ſibi ab inteſtato hæreditatem cognouerit, numerandos, exordium capiat inuentarium.*] Hactenus verba legis. Ex quibus patet, tempus inuentarij cōficiendi exordium ſumere ex die, quo aperta ſunt tabulæ teſtamenti, delatamq; ſibi hæreditatem hæres cognouit.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, illa verba ſupplenda eſſe ex §. ſi vero poſtquam, in eadem lege, vt nimirum tempus hæredi currat ex die delatæ hæreditatis, & ſimul etiam aditæ. Sed non probatur hæc ſuppletio ex d. §. ſi vero poſtquam, nec aliquo alio teſtimonio.

Reſpondeo enim ad dictum §. ſi vero, non loqui de tempore ex quo initium ſumere inuentarij confectionem oporteat, verum de hærede qui inuentarium non cōfecit, & dicit eum inſolidum teneri creditoribus, & alijs.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, quod dicitur venerabile Crucis ſignū manu hæredis præponendum eſſe, id accipiendum tam de hærede, qui hæreditatem adiuit, quam de eo, qui non adiuit. Conſtat enim & hæredem, qui nondū adiuit, inuentarium conficere poſſe, *vt in eadem l. vlt. §. ſin autem hoc aliquis fecerit.*

Ad vltimum reſpondeo, illud beneficium, quod Lex concedit, vt interim donec inuentarium conficitur, hæres moleſtari non poſſit, vtile eſſe, & nullo modo fruſtra conceſſum, cum hæres adiuit; licet, Et cum non adiuit, neceſſarium non ſit. Et cum Lex aliquid operatur, ſaltem in ali-

quo caſu, ſuperflua reputari non debet, *l. 2. C. de noxal. act. declarat Dec. in l. cum quidam, n. 1. C. de inſtit. & ſubſtit. Dominus meus Cephalus in conſ. 104. num. 17.*

CAPVT XXXVI.

Alia controuerſia circa locum, in quo inuentarium confici debet ab hærede.

EST & controuerſia circa locum, in quo inuentarium ab hærede confici oportet. Nam in præſentia iudicis eſſe conficiendum, autores ſunt Angelus, *de inuentario, num. 7.* Socin. iun. *in conſ. 19. num. 14. lib. 3.* & alij, *quos refert & ſequitur Roland. à Valle, in conſil. 73. num. 36. lib. 2.* Alij vero negant iudicis præſentiam eſſe neceſſariam, *ita Bart. in conſil. 154. Caſtrenſ. & Salic. in d. l. vltim. C. de iure deliberan.* Alios commemorat Rolandus à Valle *de Confectione inuentarij, §. Præſentia iudicis*, vbi relatis omnium ſententiis, diſtinguit, & docet præſentiam iudicis requiri, quantum ad hoc, vt inuentarium fidem faciat aduerſus creditores, & alios, non autem quantum ad obligandum ipſum hæredem.

Ego vero neque iuris, neque moris eſſe puto, vt in conficiendo inuentario iudex præſens eſſe debeat: ſed vocatis creditoribus & aliis fieri ſolet à Notario vno, vel pluribus in loco honeſto & congruo, nimis enim & indecens, & moleſtum eſſet, iudicem occupari in ea re, quæ plures dies plerunque requirit. Et ſane, cum & in l. vlt. C. de iure deliber. & Auth. de hæredibus & Falcidia. inuentarij ſolennia diligenter à Iuſtiniano commemorentur: ſi & præſentia Iudicis inter ſolennia recenſenda eſſet, æquum erat id exprimere, & declarare, quod tamen factum non eſt. Nec textus *in l. de creationibus, C. de epiſcopal. audient.* qui pro contraria ſententia adferri ſolet, præſentiam Iudicis exigit in eo Inuentario, de quo loquitur; ſed tantum hoc dicit, inuentarium illud publice conficiendum. Similiter & textus, de tutorum & curatorum inuentario verba faciens, *in l. tutores. 24. C. de adminiſtr. tut.* præſentiam duntaxat requirit publicarum perſonarum, non autem Iudicis.

CAPVT XXXVII.

De hærede, qui non omnes res inuentario ſcripſit, an amittat inuentarij beneficium.

INſignis eſt controuerſia in eadem materia Inuentarij, ſi hæres non omnes res ſcripſit in Inuentario, ſed aliquas omiſit, ac celauit, ſciens prudenſq; , nec poſtea etiam adiecit: vtrum amittat inuentarij beneficium, an vero in duplum tantum teneatur rei omiſſæ. Etenim, cum in duplum teneri probat text. in l. vlt. §. licentia, C. de iure delib. [*Licentia* (inquit text.) *danda creditoribus ſeu legatariis vel fideicommiſſariis, ſi maiorem putauerint eſſe ſubſtantiam à defuncto derelictam, quam heres in inuentario ſcripſit, quibus voluerint legitimis modis quod ſuperfluum eſt approbare, vel per tormenta forſitan ſeruorum hereditariorum, ſecundum anteriorem noſtram legem, quæ de quæſtione ſeruorum loquitur, vel per ſacramentū illius, ſi aliæ probationes defecerint, vt vndique veritate exquiſita, neque lucrum, neque damnum aliquod heres ex huiuſmodi ſentiat hereditate: Illo videlicet obſeruando, vt ſi ex hereditate aliquid heredes ſurripuerint, vel celauerint, vel amouendum curauerint, poſtquam fuerint conuicti, in duplum hoc reſtituere, vel hereditatis quantitati computare compellantur.*]

Hoc cum ita ſit, non debet amittere beneficium inuentarij: nam ſi illud amitteret, & ſimul etiam in dupli pœnam incideret, grauius puniretur quam is, qui intra tempus conſtitutum inuentarium non cōfecit, qui in eo duntaxat, punitur, quoniam inuentarij beneficium amittat, *vt in d. l. vlt. §. ſi vero poſtquam, C. de iure deliber.* cum tamē plus delinquat, quia bona ſurripuiſſe præſumitur, & longe plura, quam is, qui vnam duntaxat rem occultauit.

Præterea, nemo duplici pœna eſt afficiendus ob vnam & eandem cauſam, *l. Sancito, in fine. ff. de pœnis, l. Senatus, ff. de accuſatio.* Argumento vaſalli, id confirmari poteſt. Nam vaſallus, qui partem feudi alienat

alie-

abſque domini conſenſu, illam duntaxat partem amittit, non etiam totum feudum, *vt docet Gloſ. in c. 1. §. allodij, de prohib. feud. alien. per Frider. Clarus, §. feudum, q. 31. verſ. Sed pone vaſallus.* Et cum res ſit dubia & obſcura, mitior pœna locum habere debet, *l. interpretatione, ff. de pœnis. Decius ad l. ſemper in obſcuris, num. 10. de reg. iur. Alciat. de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 6.*

Denique iſthæc videtur eſſe magis communis Doctorum ſententia. *Ita enim docent Odoſt. in d. l. vlt. §. licentia, C. de iure delib. & Oldra. vt refert Cynus, Bart. in conſ. 154. nu. 8. lib. 1. Fulg. & Salic. in d. §. licentia, necnon etiam Caſtr. & Alex. nu. 4. poſt Imolam, quem citat Corn. ibid. nu. 9. Iaſ. & Iacob. Rom. in conſ. 276. nu. 8. Alex. de Neuo, in conſ. 38. n. 17. Ang. Aret. de teſtam. Gl. 112. col. vlt. Gulielm. de Benedict. cap. Rainut. verſ. Mortuo itaq. teſtatore, n. 402. de teſtam. Porcellinus de inuentario, c. 3. n. 6. Vitalinus tract. clauſu. clauſula 41. nu. 38. Bellonus in conſ. 30. n. 6. Portius in conſ. 50. n. 7. cui ſubſcripſere Mantica, Tornellus, Ragerius & Cattarus. Benincaſius de Paupertate, q. 9. Villalob. commun. opin. ver. hæres, nu. 8. Roland. de inuentario, 4. part. 3. vtilitate, §. quod ſi hæres, vrc. Quid dicendum. Monticulus, de inuent. n. 154. Canalcan. de tutor. & curat. n. 10. Io. Coraſ. de inuent. nu. 24. Dionyſius Pontan. ad conſuet. Bleſenſes, tit. 2. art. 5. tit. de inuentario, q. 7. D. meus Decianus in conſ. 49. nu. 56. lib. 2. Menoch. qui hos citat, in conſ. 571. lib. 5.*

Verum iſtis non obſtantibus, cōtrariam ſententiam veriorem puto, nempe, hæredem hoc in caſu beneficio inuentarij indignum eſſe, ac merito priuandum, ſi ita legatarij & creditores velint. Moueor inprimis ex §. ſin autem dubius, iuncto §. Et ſi præfatam, d. l. vltim. C. de iure delib. Dicitur in §. ſin autem dubius, [*hæredem inuentarium conficientem ſubſcriptionem ponere debere, ſignificantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda, apud eum remaneant.*] Sequitur §. & ſi præfatam, vbi dicitur: [*Si præfatam obſeruationem hæredes ſolidauerint, hæreditatem ſine periculo habeant, & legis Falcidiæ aduerſus legatarios vtantur beneficio, & in tantum hæreditariis creditoribus teneantur, in quantum res ſubſtantiæ ad eos deuolutæ valeant.*]

Igitur, ſi hæres non deſcripſit omnia bona in inuentario, ſed circa aliqua malignatus eſt, ea occultando, non eſt dignus beneficio legis.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, ſumi non poſſe argumentum à contrario ſenſu, eo modo, quia repugnat text. *in d. §. licentia.* Sed replicari poteſt, imo ſumi poſſe argumentum à contrario ſenſu; nam quod attinet ad d. §. licentia. infra reſpondebitur. Probatur: quia, niſi tale argumentum ſumeretur, illa verba ſequentia perperā ſubiicerentur: [*Et ſi præfatam obſeruationem ſolidauerint, &c.*] nam etſi non ſolidauerint, idem tamen ſtatutum eſſet, quod eſt abſurdum. Præterea valet argumentum regulariter à contrario ſenſu, *vt notum eſt ex l. 1. ff. de offic. eius, cui mand. eſt iuriſdict.* Tertio, dicit text. *in §. ſi vero poſtquam.* hæredem qui non confecit Inuentarium intra tempus conſtitutum, legis beneficium non habere, quam contemnendam putauit. Sed nonne & hæres, qui non omnes res apponit, legem contemnere videtur? Quarto, dicit text. [*Subſcriptionē tamen hæredem ſupponere neceſſe eſt ſignificantē & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate, &c.* Subdens: *Et ſi præfatā obſeruationem ſolidauerint, &c.*]. Si hæres non ſubſcribat inuentario, amittit legis beneficium, quia non obſeruat eius præceptum: *vt reſpondit egregie Natta in conſ. 214. num. 13. & Rolandus de Confectione inuentarij, 3. parte. §. Requiritur.* Cur ergo inuentarij beneficia habere debeat is, qui ſubſcripſit quidem, ſed non fideliter, ſcilicet, omnia bona indicans, vt debuit? Quid plura? vrget hoc argumentum Iuſtinianus ipſe in §. ſancimus, in Authen. de hæred. & Falcid. ibi mandat inuentarium fieri ſecundum legis formam; et ſi non fiat, priuat hæredem beneficiis quę illi conceſſit.

Et hoc eſt ſecundum argumentum quod me mouet, nempe, ex d. § ſancimus: [*Fiat igitur inuentarium,* inquit text. *ab hærede metuente, ne forte non habeat poſt debita & legata, Falcidiam, ſecundum modum & tempora, per quæ dudum ſancimus, quando homines excepimus ex damno rerum ſuarum in aditionibus, ſtatuentes onera vſque ad ſubſtantiæ relictæ menſuram.*]

Hic

Hic Imperator æquiparat modum & tempora inuentarij conficiendi: Sicut ergo, cum intra conſtitutum tempus non fit inuentarium, hæres illius commodo priuatur, ita etiam priuari debet, ſi non fiat ſecundum modum & formam à lege præſcriptam, qui modus eſt, vt omnia bona ſcribantur in eo, & nulla fiat malignitas, vel fraus.

Et ideo ſubdit textus: [*Illo adiecto ſolo, vt oporteat huiusmodi hæredem, qui non creditores ſolum, ſed etiam legatarios & fideicommiſſarios vereretur & metuit, non damnificari ſolum, ſed etiam non lucrari, &c.*] Quibus verbis declarat Imperator hæredem, qui non vult damnificari: hoc eſt, vltra vires hæreditarias obligari, inuentarium conficere oportere, ſecundum modum & tempora iam ſancita: Ergo, ſi modus non ſeruetur, hæres inuentarij commodum & beneficium amittet.

Tertio, confirmatur hæc ſententia ex verbis ſequentibus eiuſdem textus. [*Si vero non fecerit*, inquit, *inuentarium ſecundum hanc figuram, quã prædiximus, non retinebit falcidiam, ſed complebit legatarios & fideicommiſſarios, licet pura ſubſtantia morientis tranſcendat menſurã legatorum datio: Et hoc dicimus, non noſtrã minuentes legem, quam poſuimus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus: ſed hoc, dabit ei pœnã exactio ſua malignitatis, cur tranſcenderit leges quibus caute omnia agens, nihil poterat damnificari: ſed ex diuerſo etiam Falcidia lege lucrari.*]

Reſpondent Bartolus *in d. conſ. 154. lib. 1.* & Vitalinus *de Clauſulis, loco ſuperius relato*, illum textum loqui de hærede, qui non confecit inuentarium; non autem de eo, qui confecit & aliquid omiſit. Non recte; quia textus non ſimpliciter dicit: [*Si vero hæres non fecerit inuentarium:*] ſed dicit: [*Si vero non fecerit inuentarium ſecundũ formam prædictam.*] Quibus verbis patet, ſermonem eſſe de eo, qui non fecit inuentarium ſecundum formam legis: Præterea dicit textus: [*Sed dabit ei pœnam exactio ſua malignitatis.*] Quæ verba locum habent in hærede, qui confecit quidem inuentarium, ſed maligne celando, ſcilicet, vel ſurripiendo aliqua bona. Huc & illa verba ſpectant: [*Cur leges tranſcenderit, ex quibus caute omnia agens, nihil poterat damnificari.*] Hæc enim verba recte conueniunt in hæredem, qui inuentarium fecit, ſed non caute, non recte, non ſecundum leges.

Reſpondent præterea contrariæ ſententiæ autores, aliud ex illo textu non induci, niſi hæredem, qui ſecundum leges antiquas nõ poterat ex re omiſſa in inuentario Falcidiam detrahere, & qui ſecundum Iuſtiniani legem in duplum tenetur, rei omiſſæ, nunc Falcidiæ beneficio penitus priuari, quo ad omnes res hęreditarias. *Ita Menochius dicto conſilio 471. libro 5.* ſed non placet hæc reſponſio: Quia manifeſte repugnat verbis textus: [*Ait enim hæredem, qui non fecerit inuentarium, ſecundum figuram prædictam, cõplere debere legatarios, etiamſi ſubſtantia morientis menſuram tranſcendat legatorũ datio.*] Quibus verbis apparet non ſolum hoc Imperatorem velle, vt hæres amittat Falcidiam, verum etiam, vt teneatur vltra vires hæreditarias. Quod magis patet ex ſequentibus verbis: [*Et hæc dicimus, non noſtram minuentes legem, quam poſuimus, vt nihil de proprio damnificentur, &c. Sed hoc dabit ei exactio ſua malignitatis, cur tranſcenderit leges, ex quibus caute omnia agens, nihil poterat damnificari: ſed ex diuerſo etiam Falcidia lege lucrari.*]

Et hanc ſententiam amplexi ſunt multi, quibus autoribus vtor, *ita enim docuere Bartolus in l. reſcriptum, ff. de his quib. vt indign. Bald. in d. l. vltim. § licentia. & in conſil. 219. nume. 4. lib. 1. conſ. 243. num. 6. lib. 5. Abbas conſ. 73. lib. 2. Guido Papæ conſ. 42. & tract. de inuentario, n. 8. Ioan. Crotus in conſ. 201. n. 23. Ioannes Petrucius olim appellatus, Doctor integerrimi iudicij, vt refert Corneus in d. § licẽtia. Manſuerius in ſua Praxi, tit. de ſucceſſ. colum. vltim. num. 49. Bertac[illegible]n. tract. de Epiſcopis, lib. 4. part. 4. num. 34. Nat[illegible] in conſil. 574. num. 16. Herculanus ad l. Paulus, ff. ad leg. Falcid. Dominus meus Cephalus in conſil. [illegible]4. num. 24. lib. 3. conſ. 506. nu. 14. lib. 4. conſ. [illegible]2. num. 16. lib. 5. Crauet. in co[illegible]ſ. 348. nu. 46. Menochius in conſil. 89. nu. 146. lib. 1. Car[illegible]nus in conſ. 2. num. 16. & 19. Hippol. [illegible]nald. in conſ. 417. nu. 124. lib. 4. Phanut. de inuenta[illegible]o in 3. part. num. 53.*

Ad argumentum contrariæ [illegible]æ

ſump. um

ſumptum ex §. licentia. reſpondeo, illum text. loqui, & locum ſibi vindicare eo in caſu, quo creditores ac legatarij probare volunt hæredem aliquid occultaſſe & celaſſe ex bonis hæreditarijs, ad eum finem, vt veritate detecta, non lucretur, ſed ex bonis occultatis ſatisfieri poſſit ipſis creditoribus & legatarijs; Hoc in caſu eis licentia datur id probandi, & propterea decernitur, vt hęres conuictus, dupli pœnam ſoluat. Sic enim ait textus: [*Licentia danda creditoribus, vel legatarijs, &c. vt veritate vndique exquiſita, neque lucrum aliquod, neque damnum heres ex huiuſmodi ſentiat hæreditate, &c.*]

Cæterùm; ſi hac via prætermiſſa creditores & legatarij allegauerint hæredem indignum eſſe commodo & beneficio legis; quia non confecit Inuentarium ſecundùm formam & modum à lege præſcriptum; quia hæc allegatio eis profutura ſit, ad hoc, vt hæres omni prorſus commodo Inuentarij careat, nihil proponi video. Alioquin repugnantiam lex Iuſtiniani continebit. Vno enim in loco ſtatuet hæredem pœna dupli coercendum propter dolum & malignitatem. Alio loco, commodo ac beneficio Inuentarij multandum. Cùm igitur promptum ſit leges legibus concordare, *l. 1. C. de inoffic. dotib.* dicendum eſt, hæredem priuari ex cauſa, de qua agitur, commodo Inuentarij, niſi legatarij & creditores elegerint aliam viam, nempè, demonſtrandi ac probandi alia eſſe in hæreditate bona, præter ea, quæ deſcripta ſunt in Inuentario; ad hoc vt ex eis ſatisfiat, neque doloſè illa hæres lucrifaciat: tunc enim electa illa via ex rebus celatis creditoribus & legatarijs ſatisfiet, & præterea pœna dupli hæres mulcabitur.

Quod verò dicebatur hæredem, qui non confecit inuentarium tempore conſtituto plus peccare, quàm eum, qui res aliquas celauerit, haud immeritò negari poteſt; ſiquidem eius, qui bona aliqua celauit, iam dolus certus eſt, & manifeſtus: cæterùm eius, qui inuentarium facere diſtulit, non eſt certus, ſed præſumptus dolus.

Nec abſurdum eſt, duplicem hanc viam concedi legatarijs, & fideicommiſſarijs. Nec enim duplex eſt pœna hæredi inflicta, quę vno & eodem tempore locum ſibi vindicet; ſed ita res habet: Si legatarij & creditores contenti erunt, vt in lucem prodeat res ab hærede ſubtracta, multabitur pœna dupli: retinebit tamen in alijs Inuentarij, ac legis beneficium, neque enim vltra res hæreditarias, & dupli pœnam condemnabitur. Si verò eligent hanc viam, vt beneficio Inuentarij hæres careat, ceſſabit pœna dupli, & ille tenebitur vltra vires hæreditarias. Quare ad rem non pertinent, quæ de vaſallo dicuntur, & de mitioris pœnæ interpretatione in re dubia, nam hæres in totam formam à lege præſcriptam circa Inuentarij confectionem peccauit, dum malitioſè res ſubtraxit, & ideò omnis legis beneficio carere debet, quam condemnandam putauit, & hic clara eſt legis conſtitutio non dubia, vt ex dictis patet.

Capvt XXXVIII.

Trebellianica nunquid heres priuetur ob Inuentarium non confectum.

De Trebelliani quadrantis detractione, quod Senatuſconſulti autoritate conſtitutum eſt, in hærede rogato per fideicommiſſum hæreditatem reſtituere, nobilis eſt controuerſia inter Doctores: Sitne ei locus, cùm hæres Inuentarium non confecit? Negant plures quàm ſexaginta Doctores à Cacherano citati, *deciſ. Pedemont.* 147. *Qui teſtatur ita iudicaſſe Senatum Taurinenſem. His accedant Ferdinandus Vaſquius, de ſucceſſ. creatio. lib. 1. §. 8. num. 14. Purpuratus in conſil. 1. num. 5. & 375. num. 8. lib. 1. & 568. num. 27. lib. 2. Panciroli in conſil. 89. num. 30. Menochius in conſil. 272. num. 81. lib. 3.*

Sed contrariam ſententiam ſecuti ſunt alij, fortè plures numero, *quos commemorat Roland. à Valle, in conſil. 27. lib. 1. Phanucius de Inuent. part. 7. num. 32. Dominus meus Decianus, in conſil. 49. libro 1. Dominus meus Cephalus in conſil. 392. numer. 59. lib. 3. Hippolyt. Riminald. in conſil. 187. lib. 2. Stracha ad Crauettam in conſil. 17. Andreas Gaill, lib. 2. obſeruat. 138. Sarmientus lib.*

tus lib. 2. Selectarum interpretationum, c. 7. Iſti docent locum eſſe detractioni Trebellianicæ, licèt hæres inuentarium non confecerit.

Alij, quos refert & ſequitur Hyppolit. Riminaldus *in conſil. 156. num. 58. libro 2.* diſtinctione vtuntur: Aut hæres ſtatim à morte teſtatoris hæreditatem adiuit, eamque fideicommiſſario reſtituit, & tunc etiam Inuentario non cónfecto lucratur Trebellianicum quadrantem; quoniam nulla eſt ſuſpicio ipſum aliquas res ſurripuiſſe, cùm hæreditatem ſtatim reſtituerit. Aut hæres non ſtatim reſtituit, ſed poſt aliquod tempus; quia fortè ſub conditione rogatus erat reſtituere, quæ non tam citò euenit, & tunc ob inuentarium non confectum, Trebellianicam amittit, quia ſurripuiſſe aliqua bona præſumitur.

Alij denique diſtinguunt inter extraneum hæredem, & filium teſtatoris defuncti: hæredem extraneum Trebellianicam amittere docent, filium verò nequaquam. *Huius ſententiæ autores commemorat dominus meus Decian. in conſil. 49. numer. 61. lib. 2. Franciſc. Burſat. in conſil. 44. num. 19.*

Mihi verò perpendenti & fundamenta Doctorum, & eorum autoritatem, ac reliquas omnes circumſtantias, probabilior videtur eorum ſententia, qui ſimpliciter negant Trebellianicam amitti ob Inuentarium non confectum. Primò, quia hanc ſententiam ſecuti ſunt Ioannes Andr. & Bartol. quorum alter inter Iuris Canonici antiquos interpretes, alter inter Iuris Ciuilis magnam habet autoritatem in iudicijs, *vt ducebat in propoſito Natta in conſil.* 220. Deinde, quia hanc ſententiam Rota Romana ſecuta eſt *apud Caſſiodorum, tit. de Teſtamentis, deciſ. 3. num. 6.* Cuius quanta ſit autoritas, nemo eſt qui neſciat, *ex traditu à Ludouico Gomeſio in proœmio Regularum Cancellariæ: Vantio, tit. de Nullitate ex defectu iuriſd. de leg. numer. 20. Menochio de Præſumpt. lib. 2. cap. 71. numer. 13.* Tertiò, quia & Imperialis Camera eandem ſequitur; *teſte Andrea Gaill, loco proximè citato, & Myntſingero centur. 3. obſ. 60.* Denique eam ob cauſam, quòd hæc ſententia conſuetudine recepta videatur, *teſte Baldo in conſil. 383. lib. 1. Corneo in conſil. 80. in 8. dub. lib. 4. Socin. iun. in conſil. 137. lib. 1. & 88. lib. & Auferio ad Capellam Tholoſanam, deciſ. 314.*

Fundamentum verò Iuris illud mihi videtur ſatis firmum; quòd nulla ſit lex tale aliquid dicens, vt verbis vtar Iuſtiniani, ad aliud tamen propoſitum, *in Authent. de non eligend. ſecundo nubentes, §. cùm igitur.* Cùm enim nulla lex indicat talem priuationem; noſtrum non eſt illam inducere, cùm nulla nos neceſſitas compellat, vt ex reſponſo ad argumenta contrariæ ſententiæ apparebit.

Primum argumentum eſt: Hæres non conficiens Inuentarium, amittit legis Falcidiæ beneficium, *vt in Authent. de hæredibus, & Falcid. §. hinc nobis.* ergo & Trebellianicæ, præſertim, quia eſt eadem ratio. Nam Falcidiæ beneficium cur amittat, Iuſtinianus ibi declarat, dicens: [*Vt non per ea, quæ fortè ſurripiunt, aut malignantur, inducere tentent Falcidiam, & cæt.*] Hæc ratio locum ſibi vindicat in Trebellianica.

. Reſpondeò, negando conſequentiam: quia non debent odia, & pœnales Conſtitutiones temerè extendi. Et dum ſubijcitur eandem eſſe rationem in Trebellianica, reſpondeo id negando. Nam textus ita dicit: [*Vt non per ea, quæ fortè ſurripiunt* (hæredes) *aut malignantur, inducere tentent Falcidiam; cùm vtique ſi nihil malignati eſſent, fortè non competeret.*] Hæc ratio Trebellianicæ non conuenit: quia etſi nihil hæredes reſtituere grauati malignantur, id eſt, nihil ſurripiant, vel occultent, ſemper tamen detrahere poſſunt quartam partem pro autoritate Senatuſconſulti Trebelliani. In Falcidia, quæ locum habet, cùm vltra dodrantem legatis hæreditas grauatur, hæc ratio optimè procedit. Nam ſi hæres nil ſurripiat, facilè fiet, vt legatis ſolutis ac detractis, remaneat illi quarta pars integra hæreditatis, quo in caſu Falcidia ceſſat.

Secundum argumentum: Falcidia & Trebellianica æquiparantur à lege veteri, vt in caſibus, in quibus Falcidia ceſſat, etiam Trebellianica ceſſet, *l. Marcellus, §. quod autem, ff. ad Trebellianum.* Ergo quicquid in

Falci-

Falcidia eſt conſtitutum, trahi debet etiam ad Trebellianicam, *argum. l. ſi quis ſeruo, C. de furtis.*

Reſpondeo, Falcidiam & Trebellianicam æquiparari iure antiquo, vt ſi Falcidia ceſſet, etiam Trebellianica ceſſet, quando vigore Teſtamenti conditi, Falcidiæ non eſt locus. *Ita enim loquitur text. in d. l. Marcellus.* Sed hic Falcidia ceſſat ob aliam cauſſam, quàm ex Teſtamento; videlicet ex eo, quòd Inuentarium hæres non conficiat; ergo non id neceſſariò ad Trebellianicam extendi debet.

Tertium argumentum eſt ex eo, quòd textus *in §. ſancimus, in Auth. de hered. & Falcid.* dicit; cùm inuentarium debet confici, citandos eſſe legatarios, & fideicommiſſarios, ſi hæres velit non tantùm damnum effugere, ſed & lucrum non amittere. Igitur inuentario non confecto, textus indicat hæredem Falcidiam amittere ex legatis, & Trebellianicam ex fideicommiſſis. Præterea, textus ſubdit: [*Si verò non fecerit inuentarium ſecundùm hanc figuram, ſicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, ſed complebit legatarios, & fideicommiſſarios.*] Ex quibus verbis ſignificare videtur; ſicut legata, ita & fideicommiſſa integra, & abſque deductione, ac diminutione ſoluenda & præſtanda eſſe.

Reſpondeo, illa verba, non lucrari, quæ ſunt in textu, referenda eſſe ad legem Falcidiam, vt patet ex ſequentibus ibi: [*Fiat igitur inuentarium ab hærede metuente, ne non habeat Falcidiam, &c.* Et rurſus ibi: *Et his omnibus obſeruatis habere ex Falcidia præſidium.*]

Similiter & illa verba: [*Complebit legatarios & fideicommiſſarios, &cæt.*] ad Falcidiam pertinent. Id patet ex ſequentibus: Sic enim ait Imperator: [*Et hæc quidem dicimus, non noſtram minuentes legem, quam poſuimus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus. Sed dabit eis pœnam exactio ſuæ malignitatis, cur tranſcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari: ſed ex diuerſo etiam Falcidia lege lucrari, &cæt.*] Nullum verbum vnquam fit amiſſionis quadrantis huius Trebellianici.

Quartum argumentum, Falcidiæ appellatione venit etiam Trebellianica, *l. cùm filio, de leg. 1. cohæredi, §. cùm filiæ. ff. de vulgar. l. irritum, l. ſicut allegas, C. ad leg. Falcid. l. iubemus, C. ad S.C. Trebell.* Ergo, quod de Falcidia in hac quæſtione conſtitutum eſt, locum habet etiam in Trebellianica.

Reſpondeo, antecedens verum eſſe, latè ſumpto vocabulo. Etenim propriè Falcidia differt à Trebellianica, vt patet ex diuerſitate nominum & titulorum de Falcidia, & ad Trebellianum, & ex re ipſa. Nam illa locum habet in hærede grauato particularibus legatis vltra dodrantem, hæc autem in hærede grauato hæreditatem reſtituere. Imperator autem in ea conſtitutione loquitur de Falcidia, vt patet ex illis verbis: [*Hinc nobis ingreſſa eſt cura, & quædam conſideratio Falcidiæ legis, quæ etiam inuitis teſtatoribus, ſi expendantur res per legata, præbet etiam retinere hæredes, quantum eis impleat quartam ſubſtantiæ, &cæt.*] Id patet etiam ex verbis poſitis in principio, vt ſuprà deductum eſt.

Quintum argumentum. Hæres rogatus hæreditatem reſtituere, tenetur reddere rationem rerum hæreditatis fideicommiſſario, *l. cùm tale. §. Titius. ff. de condit. & demonſt.* Ergo tenetur inuentarium conficere, quia illud eſt caput & fundam. rationum reddendarum, *l. 1. §. offic. ff. de tut. & ratio. diſtrah.* Ergo ſi illud non conficiat, legis beneficium amittere debet.

Reſpondeo, negando conſequentiam, nam ſi inuentarium non confecerit, tenebitur, quanti fideicommiſſarij intereſt, *argument. l. tutor qui repertorium, ff. de admin. tut.* non autem neceſſariò infertur eum Trebellianicam amittere.

Sextum argumentum. Hæres ſurripiens aliquam rem hæreditariam, amittit non ſolum Falcidiam, ſed etiam Trebellianicam ex illa re, *l. Paul. ff. ad leg. Falcid.* Ergo, ſi inuentarium non conficiat, Trebellianicam amittet, quia præſumendus erit ſubtraxiſſe aliquam rem hæreditariam.

Reſpondeo, negando conſequentiam, quia non præſumit lex ſubtraxiſſe, ſed dicit, [*ne fortè per ea, quæ ſubtrahunt, tentent inducere Falcidiam.*] Dubitat lex ac ſuſpicatur, ne ſubtrahat, ſed non abſolutè præſumit.

…num argumentum: Hæres inuentarium non conficiens, tenetur ſatisfacere legatarijs, & fideicommiſſarijs, & creditoribus etiam vltra vires hæreditarias, *vt in d. Nouell. de hæred. & Falcid.* Ergo fideicommiſſa reſtituere cogendus erit tota & integra, abſque vlla diminutione, ac detractione.

Reſpondeo, hæredem vltra vires hæreditarias, & ſic inſolidum teneri creditoribus, & legatarijs, ac etiam fideicommiſſarijs particularibus: ita enim loquitur text. *in d. Nouella.* non autem vniuerſalibus fideicommiſſarijs, quia detrahere poterit quartam ex Trebelliano, cùm illa non priuetur ibi ab Imperatore, ſicut Falcidia, nec reſpectu fideicommiſſi vniuerſalis, nempè, oneris hæreditatem reſtituendi, dici poteſt, vltra vires hæreditarias hæredem fore obligatum, vt patet, quia tantùm reſtituit hæres grauatus, quantum eſt in hæreditate, non plus.

Poſtremum argumentum: Cùm hæres inuentarium non conficiens, damnum patiatur, quia vltra vires hæreditarias tenetur, vt dictum eſt, videtur dicendum, eum multò magis amittere debere lucrum Trebellianicæ, *argumento legis vltim. C. de Codicillis.*

Reſpondeo, negando conſequentiam, neque enim pœnæ ſunt extendendæ, & ſi argumentum valeret, opus non erat exprimere de Falcidiæ amiſſione, de qua tamen cùm expreſsè cautum ſit, & nihil de Trebellianicæ amiſſione, argumentum ſumi poteſt, non idem placuiſſe legiſlatori, quò ad Trebellianicam, quod placuit circa Falcidiam.

CAPVT XXXIX.

Hæres inuentarium conficiens, an poßit creditoribus & legatarijs in ſolutum offerre res hæreditarias, ad interpretationem l. vltim. §. & ſi præfatam, verſ. Sed & à legatarijs, C. de iure deliber.

EST etiam controuerſia; Vtrum hæres, qui inuentarium confecit, dare poſſit in ſolutum bona hæreditaria creditoribus & legatarijs. Textus legis ita dicit: [*Sed & ſi legatarij interea venerint, eis ſatisfaciant ex hæreditate defuncti, vel ex ipſis rebus, vel earum forſitan venditione.*] Controuerſia, inquam eſt, quomodo illa verba accipienda ſint, *ſunt autem verba l. vltim. §. & ſi præfatam. C. de iure deliber.*

Cynus & Iacobus de Arena, quos refert & ſequitur Roland. à Valle, *de Confectione inuentarij, parte 4. §. quæro an ſit dare*, nec non Phanucius *de inuentario, parte 6. numer. 2.* ita diſtinguunt, Aut hæreditas eſt ſoluendo; & tunc hæres ſoluere cogendus eſt in pecunia numerata, *argumento l. ſi pecunia, de leg. 2. l. hæredes. §. vltim. ff. famil. herciſcund.* Aut ſoluendo non eſt: & tunc hæres vendere tenetur res hæreditarias, ſi quis inueniri poſſit, qui abſque euictionis obligatione emere velit.

Bartolus verò *in d. §. & ſi præfatam.* ita diſtinguit: vt ſi certum ſit res hæreditarias in dominio fuiſſe teſtatoris, tunc hæres ea vendere teneatur, & ex pretio ſatiſfacere, ſi reperiatur; qui emere abſque promiſſione euictionis velit: Si verò ſit dubium, an defunctus dominus fuerit rerum necne, tunc, ne hæres ab emptore vexetur euictionis nomine, vendere bona non tenetur. Bartolum ſequi videtur ibi Alexander, dum ad eum ſe remittit.

Baldus autem dicit, hæredem dare poſſe creditoribus bona vendenda, cum proteſtatione, quòd non intendat de euictione teneri. Alij aliter docent, ac diſtinguunt, *vt videre licet ex Franciſc. Burſato, in conſil. 9. lib. 1.*

Ego, ſi pecunia reperiatur in hæreditate ſufficiens ad ſatisfaciendum creditoribus & legatarijs, non dubito, quin hæres teneatur & debeat ex ea ſatisfacere; Cæterùm, ſi non adſit pecunia ſufficiens, hanc eſſe puto Iuſtiniani ſententiam, vt ex ſuis proprijs pecunijs hæres cogi non poſſit ad ſoluendum, [*ſed ex ipſis rebus defuncti, vel earum venditione,*] Ex ipſis rebus, hoc eſt, ſi pecunia ſit relicta, ſeu debeatur illam creditoribus ſoluendo: ſi non ſit pecunia,

ſed.

ſed aliæ res, illas tradendo in ſolutum, ſi creditores velint accipere; Neque aliud pro alio inuito creditore ſolui poteſt, *l. 2. Mutui datio, ff. ſi certum pet.* Cæterum, ſi accipere recuſauerint, vendi debet ab hærede, & ex pretio creditoribus ſatisfieri. Vendi, inquam debet, eo modo, quo poterit iuſte, & ſine læſione: ita vt euictionis periculo non hæredis bona (illum enim ab omni damno præſeruat inuentarium) ſed hæreditaria ſubiaceant. Quod ſi non inueniatur emptor, res addici poterunt ipſis creditoribus, *argumento l. à Diuo Pio. ſi pignor. ff. de re iudicata.*

Capvt XL.

Vtrum pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, locum habeat, matre exiſtente in medio.

Exiſtimo pupillarem ſubſtitutionem tacitam quæ in expreſſa vulgari continetur, locum non habere matre pupilli viuẽte; quia illa ſubſtitutum excludit, ſucceditque filio in pupillari ætate præmorienti. Moueorq; potiſſimum autoritate duarum legum, *nempe, l. precibus. C. de impube. & aliis ſubſtit. & l. vltim. C. de inſtit. & ſubſtit.* Et *quod attinet ad l. precibus*, illa verba perpendo & induco: [*Nam non eſt incerti iuris: quod ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate, primo tantum caſu habuit ſubſtitutum, & patri hæres extitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat ſucceſſio.*]

Illa verba: *primo tantum caſu*; ſignificant vulgarem ſubſtitutionem expreſſam. Illa verba, *ad te omni modo eius pertineat ſucceſſio*, ſignificant matrem filio ſuccedere quandocunque morienti, ſiue in pupillari ætate, ſiue poſtea quandocunque, ſunt enim generalia & præciſa valde, nec vllum excludunt tempus: vt nequaquam veriſimile ſit, tempus pupillaris ætatis excludi, ſi enim illud excluderetur, dicendũ erat; [*eo defuncto poſt pupillarem ætatem: vel eo defuncto pubere, ad te ſucceſſio pertinebit.*]

Quod vero attinet ad l. vlt. *C. de inſtit. & ſubſtit.* mouent me illa verba: [*Nos itaque in hac ſpecie Papiniani dubitationẽ reſecantes, ſubſtitutionẽ quidẽ in huiuſmodi caſu, vbi poſthumus natus adhuc impubes viua matre deceſſerit, reſpuendã eſſe cenſemus. Tunc autẽ tantũmodo ſubſtitutionẽ admittimus, cum poſthumus minime editus fuerit, vel poſt eius partum mater prior deceſſerit.*]

Præclare Cuiacius lib. 12. Obſ. 27. ad finem: [*Quia non tantum ea ratione vt in l. vlti. Quod mater ſit cohæres adiecta filio, ſed quod æquũ ſit, matrem, ad quam ſummus mœror morte filij peruenit, & amiſſi filij & luctuoſæ hæreditatis damnum non ſentire ex ſolo tacito intellectu pupillaris ſubſtitutionis, quæ ratio locum habet etiam matre filio cohæredi non adiecta, & ceſſat in alio legitimo hærede.*] Hactenus Cuiacius.

Et hanc eſſe communiorem Doctorum ſententiam non ignoro: ſed eam & probabiliorem contendo, Autores non laudo, quoniam in Scholis trita eſt quæſtio in explicatione d. l. precibus, *citanturq; fuſe à Trentacinquio de ſubſtitutionib. part. 1. c. 12.*

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus contraria nititur ſẽtẽtia; vel etiam eas diluere obiectiones, quæ aduerſus argumenta noſtra afferri ſolent.

In primis Fulgoſ. dicebat, non conſtare, an in facti ſpecie, de qua loquitur l. precibus, filius impubes deceſſerit, necne. Reſpondeo, ſatis eſt conſtare matrem eſſe admittendam ad ſucceſſionẽ, eo quandocunque defũcto, ſiue ante, ſiue poſt pubertatẽ: quod probatur illis verbis: [*Eo defuncto ad te* (Matrem) *omnimodo eius ſucceſſio pertineat.*]

Secundo, obiicit Salicetus, in ea ſpecie, de qua Imperator loquitur, ſubſtitutionem factam fuiſſe in primum caſum tantum: & ſic fuit ſubſtitutio duntaxat vulgaris quæ pupillarem non continebat. Reſpondeo, illa verba text. *primo tantũ caſu* poſita eſſe ad differentiam ſubſtitutionis factæ in ſecundum caſum, vel expreſſã vel compendio, vt patet ex verbis ſequentib. [*Si vero*, inquit, *ſubſtitutio in ſecundũ caſum*, &c.] nõ autem ſignificant, ita in primo caſu ſubſtitutionem factam, vt illa non poſſet comprehendere pupillarem tacite iuxta eius vim & naturam, *l. Lucius. ff. de vulg.*

Tertio opponit Viglius *in Inſtitut. de ſubſtit. num. 16.* textum *in l. Lucius. ff. de vulg.* in illis;

lis verbis: [*Aliter ſi eiuſdem ætatis liberi inſtituti inuicemq; ſubſtituti fuiſſent, tunc enim altero defuncto intra pubertatem, eius ſucceſſio non ad matrem, ſed ad ſubſtitutum fratrem eius deuoluitur.*] Quibus verbis probatur, pupillarem tacitam quæ in reciproca continetur, matrem excludere: Ergo etiam tacita pupillaris, quæ in vulgari continetur, matrem excludet. Reſpondeo, pupillarem, quæ continetur in reciproca, non eſſe tacitam, ſed expreſſam verbis illis generalibus: *Vos inuicem ſubſtituo.* cenſentur enim filij generaliter ſubſtituti, tam in primum caſum, ſcilicet, vulgaris, quam in ſecundum, nempe pupillaris. Alia eſt ratio de tacita vulgari, quæ nullo modo ex verbis vulgaribus comprehenditur, illis nempe, *ſi hæres non erit*, ſed venit ex tacito legis intellectu ac ſubtili quadam interpretatione, quæ proinde ceſſare debet matre exiſtente viua, ne à luctuoſa filij hæreditate excludatur.

Quarto, obijcit idem Viglius *l. vlti. C. de inſtitut. & ſubſtitut.* perpendens in eius ſpecie matrem ſubſtituto præferri propter voluntatis coniecturam: Erat enim hæres adiecta, quo argumento vſus eſt etiam Vaſquius *de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 15. tit. de Exemplari num. 10.* Reſpondeo, vt ſupra dictum eſt, non eam ſolam rationem fuiſſe, quæ Imperatorem mouit; ſed quia non eſt æquum ei viſum, vt ex tacita quadam, ac ſubtili iuris interpretatione ac intellectu mater excluderetur.

Quinto, adferunt contrariæ ſententiæ autores regulam cum limitatione, *l. Lucius, ff. de vulgar.* ex qua probatur vulgari expreſſa, contineri tacitam pupillarem, & non excipitur ille caſus, cum mater ſupereſt. Reſpondeo, aliis legibus ac rationibus excipiendum, vt docent argumenta communis ſententiæ.

Sexto, adferunt argumentum, taciti & expreſſi eandem eſſe virtutem, *l. cum quid, ff. ſi certum petat.* Et ideo ſicut expreſſa pupillaris matrem excludit, ita etiam tacita. Reſpondeo, in hac materia diuerſam eſſe rationem inter pupillarem expreſſam, & tacitam. Nam expreſſa vocat abſolute ſubſtitutum, & conſequenter matrem excludit. Tacita vero, non vocat abſolute ſubſtitutum, ſed illum vocat ex tacito quodam intellectu, qui contra matrem locum non habet. Quædam alia ſolent adferri, ſed leuiora, quibus diligenter Trentacinquius reſpondit *loco annotato*, vt noſtro non ſit opus labore, nec res vllam habeat difficultatem.

CAPVT XLI.

Pupillaris ſubſtitutio tacita, an excludat matrem, quando ſubſtitutus eſt filius teſtatoris.

SED & controuerſia eſt in eadem facti ſpecie, quid ſi ſubſtitutus non ſit extraneus, ſed filius teſtatoris, vtrum pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, matrem excludat? & non excludere Bartolus reſpondit *in d. l. precibus, C. de impuber. & aliis ſubſtitut.* cuius ſententia communiter recepta eſt, *vt late adductis autoritatibus tradit Alexand. Trentacinquius de ſubſtitutionib. in 1. parte, c. 12. n. 22.*

Fundamentum vero eſt in eo poſitum: quod paterfamilias, qui ſubſtituit, magis filium diligere præſumatur, quam vxorem, *argum. l. ſi quidem ff. de eo quod metus cau. & eorum, quæ habentur in l. cum acutiſſimi. C. de fideicommiſſ.* conſequenter præſumitur voluiſſe ſubſtitutum matri præferre.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Baldus *in d. l. precibus, numer. 14.* & Imolensis *in l. moribus ff. de vulga. & pupilla. & inc. Raynutius, in materia pupillaris ſubſtit. de teſtam.* quorum fundamentum eſt: quoniam pupilli bona & hæreditas magis, debeatur matri quam fratri. Nam matri legitima debetur, & poteſt inofficioſum teſtamentum dicere, *l. nam etſi parentibus ff. de inoff. teſtam.* frater vero non poteſt, niſi turpibus perſonis inſtitutis, *l. fratres. C. eod. tit.*

Tertia eſt ſententia Alexandri *in d. l. moribus, nu. 35. quem ſecutus eſt Decius in d. l. precibus.* adhibendam eſſe hanc diſtinctionem: Aut filius impubes, cui facta eſt vulgaris ſubſtitutio expreſſa, adiuit hæreditatem paternam, & ſic eſt commixta paterna cum pupi-

pillari, tunc procedat Bartoli ſententia; quia cum hæres pupilli ſit hæres teſtatoris, *l. paterfamil. ff. de vulg. & pupill. l. vltim. C. de hæredib. inſtit.* ratio Bartoli militat, & ratione commixtionis ſubſtitutus conſequitur, quod alias non conſequeretur: ſicut & aliquando contingere ſolet, *vt in l. ſi communem, ff. quemad. ſeruit. amit.* Aut filius abſtinuit ab hæreditate paterna, & ſic tractamus ſolum de pupillari tacita, quoad bona ipſius pupilli; & tunc, quia Bartoli rationes ceſſant contraria ſententia locum ſibi vindicare poteſt.

Ego hac in re ſic ſtatuo, in propoſita facti ſpecie iniquum videri, vt ex tacita quadam interpretatione & intellectu, mater excludatur à luctuoſa filij ſucceſſione, quæ à lege ei defertur, vt notum eſt. Sed quoniam etiam frater pupilli vtrinq; coniunctus vocatur vna cum matre, *vt in Authen. Defuncto. C. ad Tertullian.* opinor ipſe hoc in caſu tacitam ſubſtitutionem eatenus ceſſare, vt filij defuncti ſucceſſio tam ad matrē, quam ad fratrem æqualiter diuidendam pertineat. Nec aliter præſumendum eſt voluiſſe teſtatorem. Eius enim voluntas talis eſſe præſumitur, qualis iuſtitia exigit, *vt in l. Heredes mei. §. Cum ita ff. ad Trebellian. & ibi Bart. not. nu. 4. Alexand. nu. 9. Eſtq; tritiſſima & receptiſſima propoſitio.*

Nec me mouet, quod dicitur, patrem plus diligere filium, quam vxorem. Nam hoc dato nō propterea præſumitur ita eum diligere, vt contra ius & æquitatem, debitam matri ſucceſſionem auferre velit in re dubia & obſcura. Cur enim expreſſe filiū, excluſa matre, non ſubſtituit, is qui tanto filios ſuos proſequitur amore? Neque vero leges patris erga filios amorem ita prædicant, ac præſumunt, vbi æquitas & ratio repugnat.

Porro ad rem noſtram haud quaquam pertinet id, quod habetur in *l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſis.* qua agitur ibi de ſubſtitutione facta filio teſtatoris ita interpretanda, vt locum habeat, ſi filius abſque liberis deceſſerit, ne videatur teſtator propriæ ſoboli alienam anteponere, quæ ſane iuſtiſſima eſt interpretatio. At hic longe diuerſa eſt ſpecies, & diuerſam habet rationem, vt dictum eſt.

Et licet hæres hæredis videatur hæres eſſe teſtatoris, vt Alexander diſtinguendo dicebat, nihil tamen id obſtat: quia id eſſet verum in propoſito, ſi ſuccederet ſubſtitutus excluſa matre pupilli; ſed hoc eſt, de quo diſputatur: Dicimus enim patris hæreditatem aditam, effectam eſſe patrimonium pupilli adeuntis, *iuxta l. 1. §. veteres. ff. de acquirenda poſſeſ.* ac proinde ad legitimos hæredes pertinere, matrem ſcilicet pupilli, & fratrem, niſi contraria ſit defuncti patrisfamilias voluntas, eaque euidenter appareat: non autem ex tacito intellectu; quia tacitus intellectus non eſt admittendus ad matrem excludendam à luctuoſa filij ſucceſſione, *l. vltim. C. de inſtitut. & ſubſtit.*

CAPVT XLII.

Pupillaris ſubſtitutio expreſſa matrem à legitima an excludat: & quid in foro conſcientiæ.

NOn eſt dubium, quin ſubſtitutio pupillaris expreſſa matrem viuentem à legitima excludat; quoniam & iure Cæſareo, & Canonico id ſatis dilucide cautum videtur. Iure quidem Ciuili his verbis: [*Sed neque impuberis filij mater inofficioſum teſtamentum dicit: quia pater hoc ei fecit,*] *vt in l. Papinianus. §. ſed neque impuberis. ff. de inoffic. teſtam.* Nam ſi teſtamentum inofficioſum dicere non poteſt; neceſſe eſt affirmare ſubſtitutionem pupillarem (quod impuberis filij teſtamentum Iuriſconſultus appellat) excludere matrem etiam à legitima; quia ſi non habet querelam, nec legitimam habere poteſt. Iure autem Canonico clarius his verbis: [*Licet autem filius teſtamento ſuo matrem portione iure naturæ debita priuare non poſſit: pater tamen in teſtamento, quod filio impubere facit, poteſt. Nam teſtamentum huiuſmodi pupillare paternum, vel paterni potius pars eſt teſtamenti.*] *vt in cap. 1. de teſtamentis, libro 6.* quam ob rem licet nonnulli Doctores contrarium ſcripſerunt, *vt vide-*

re lucet ex *Alexandro Trentacinquio de ſubſtitutio, parte ſecunda, capit. 16.* non putabam tamen hanc inter controuerſias referendam; ſed vt eam inter controuerſias adſcripſerim Iacob. Menochius effecit, qui *libro 4. de præſumpt. c. 38.* late hac de re diſſeruit, ac cōcluſionem firmauit ex iure ciuili: Matrem à legitima excluſam non eſſe, diſtinctione tamen adhibita inter bona patris & bona filij, hoc modo: vt quantum ad legitimam filio debitam ex bonis patris, & ad alia bona, quæ filius habet, mater nequaquam excludatur à legitima per pupillarem ſubſtitutionem: Secus autem, quantum ad alia patris bona. Argumenta eius hæc ſunt; Qui non poteſt per ſe aliquid facere, non poteſt per alium: Sed filius per ſe matrem excludere non poteſt: Ergo nec per patrem ex pupillari ſubſtitutione, quæ eſt teſtamentum filij: & ex alterius facto, nempe patris non debet matri legitima auferri; nec priuilegium, quod pater habet teſtamentum faciendi pro filio, in prǫiudicium matris operari. Et ad text. *in l. Papin. § ſed neque impuberis*, reſpondet non eſſe bonam cōſequentiam: querelam non habet, ergo nec legitimam, ſicut nec bona eſt illa conſequentia: Quærelam habet, ergo & legitimam. Et denique legitimam matri deberi condictione *ex l. omnimodo. C. de inoff. teſtam. & ſimilibus.* Sed ſummi Iuriſconſulti bona pace, hæc non videntur recte conſiſtere. Nam quod primo dicit, expreſſe confutatur ex dicta *l. Papin. § ſed neque impuberis*, vbi patet patrē, qui teſtamentū facere dicitur pro filio matrem exhæredare poſſe, quod certe filius facere non poſſet, ſi teſtamentum faceret. Ergo poteſt per alium hoc in caſu, quod non poteſt per ſe: Ergo poteſt pater pupillariter ſubſtituere in præiudicium matris. Quod vero ſecundo loco dicit; non recte dici; querelam non habet, ergo nec legitimam, & contra, confutari poteſt ex ratione: Quia inofficioſi teſtamenti querela non datur niſi iis, quibus legitima debetur. Et quod dicit ipſe fratri querelam competere turpi perſona inſtituta, & tamen legitimam non deberi, refellitur ex tex. *in Auth de hæred. & Falc. §.* primum itaque, vbi Iuſtinianus dicit legitimam deberi filiis, nepotibus, patribus, atque matribus, & interdum etiam fratribus, videlicet, cum turpis perſona eſt inſtituta. Denique quod ſcribit, condictione ex lege legitimam peti poſſe, mihi non probatur: Quia hæc condictio datur iis, quibus querela inofficioſi teſtamenti competit, vt patet *ex l. omnimodo C. de inoffic. teſtam.* ibi: [*Et in certis caſibus, in quibus de inofficioſis defunctorum teſtamentis, vel alio modo ſubuertendis moueri ſolebat actio, certa, & ſtatuta lege tam mortuis conſulere quam liberis eorum, vel aliis perſonis, quibus eadem actio competere poterat, &c.*] Quibus verbis patet, condictionem ex lege illa, iis tantum perſonis datam, quibus querela inofficioſi competit, vt ſcilicet hæc loco querelæ ſubrogetur.

Controuerſia etiam eſt, an etiam in foro conſcientiæ hæc concluſio ſibi locum vindicet. Etenim, ſunt qui negant, grauiſſimi autores, quippe matri legitimam in foro conſcientiæ debitam eſſe exiſtimant Archidiaconus, *in c. 1. de teſtam. lib. 6.* De[illegible] *ad l. precibus, n. 10. C. de impube. Alciatus, de quinque pedum præſcript. in princip. alios citat Trentacinquius, loco proxime citato, nu. 5.* Funda[illegible]tum eſt in *c. vlt. 17. quæſt. 4.* ex quo ſumitur argumentum eiuſmodi: Sicut parentes tenentur filiis legitimam relinquere, ſi[c] & filij parentibus, *l. nam etſi parentibus. ff. de inoffic. teſtam.* Sed parentes qui filios exhæredant, etiam inſtituta eccleſia, peccant, *vt habetur in d. c. vltim.* Ergo ſimiliter & fi[lij] peccant; conſequenter in foro conſcientiæ legitima matri relinquenda eſt, & ſic debetur. Et eiuſmodi leges veluti contra [illegible]tiam & pietatem ſeruandæ non videntur in foro conſcientiæ.

Cæterum contrariam ſententiam & communiorem eſſe conſtat, & probab[il]iorem eſſe non dubito. Communio[rem] e[ſſe] patet ex Trentacinquio, *loco annotato, vbi citat Lancellot. Decium, Curt. Alciat. Socin. in d[ict]a l. precibus. Ripam, in l. 2. ff. de vulg. [illegible] Conar. & alios.* Eſſe vero probabiliorem, illud argumentum demonſtrat, quod Sacr[is] C[a]nonibus recepta ſit hæc lex, quæ n[illegible] legitimam hoc in caſu aufert, nulli[illegible]

tus reperiatur, quo declaretur id in foro conſcientiæ locum non habere, nullaque ratio id euincat. Nam Iure Ciuili & poſitiuo conſtitutum eſt, vt filio mater ſuccedat; olim enim ex duodecim tabularum lege à ſucceſſione excludebatur. Et licèt ratio quædam naturalis ſuadere videatur ac ſuaſerit, vt lex conderetur, qua ſucceſſio matri deferatur, non tamen ſequitur, quin contrarium in aliquo caſu decerni potuerit. Hoc autem in caſu ita conſtitutum eſt: quia multas ob cauſas expediebat, vt parentibus liceret filijs in poteſtate conſtitutis pupillariter ſubſtituere: Et quia pater eſt, qui teſtamentum facit, ac ſubſtituit, non cogitur inſtituere ſiue ſubſtituere matrem pupilli; facit enim principaliter teſtamentum pro ſe: & ſubſtitutio eſt ſequela paterni teſtamenti:, nulla verò eſt lex quæ ad matrem pupilli teſtatoris coniugem hæredem inſtituendam hortetur aut inducat; nulla ratio ſuppetit; multi enim alij ſunt, qui in ſucceſſione matri præferuntur. Et hoc eſt, quod ſummus Pontifex perpendit, hoc non eſſe pupilli filij teſtamentum, ſed patris, ſiue paterni teſtamenti partem.

Ex his patet ad argumentum ſolutio; quia illud habet locum vbi filius teſtamentum facit, non vt in iſto caſu, quando pater eſt qui teſtatur.

Capvt XLIII.

Ad interpretationem l. precibus. C. de impuber. & alijs ſubſtitut. & l. Centurio. ff. de vulg. & pupill. Controuerſia vna.

INſignis diſputatio eſt & controuerſia inter Doctores circa interpretationem l. precibus. C. de impub. & alijs ſubſtitut. & l. Centurio. ff. de vulgar. Sic enim ſcribunt Diocletianus & Maximianus, *in d. l. precibus* (referam autem verba, de quibus eſt controuerſia) [*Si verò ſubſtitutio in ſecundum caſum, vel expreſſa, vel compendio, non vſque ad certam ætatem facta reperiatur: ſi quidem intra pubertatem deceſſerit, eos habeat hæredes, quos pater ei conſtituit, & adierunt hæreditatem. Si verò poſt pubertatem; tunc eius te ſucceſſionem obtinente, veluti cauſa fideicommiſſi, bona, quæ cùm moreretur, patris eius fuerunt, à te peti poſſunt.*]

Verba autem Papiniani hæc ſunt in d. l. Centurio. [*Centurio filio, ſi intra viceſimum & quintum ætatis annum ſine liberis vita deceſſerit, directo ſubſtituit: Intra quatuordecim annos etiam propria bona filij ſubſtitutus iure communi capiet: poſt eam autem ætatem, ex priuilegio militum patris duntaxat, cum fructibus inuentis in hæreditate.*]

Communiter exiſtimatum eſt, hanc eſſe Papiniani ſententiam, vt ſubſtitutus iure directo hæreditatem obtineat: Diocletianum autem hoc velle, vt non iure directo, ſed fideicommiſſa obtineat ac petat. Quapropter, circa conciliationem harum legum hactenus concertatum eſt. Non eſt animus mihi omnium ſententias huc adferre; nec enim operæpretium facerem. Referam duntaxat ex antiquis quatuor præcipuas interpretationes. Tum nouam Duareni, ac poſtremam Cuiacij, quæ mihi omnium vetiſſima videtur. Sed præſtat acumen antiquorum videre, etiam ſi non collimauerint ad ſcopum; ſic enim quæ ſit vera ſententia faciliùs poterit intelligi.

Prima eſt ſententia Accurſij Imperatoris legem locum ſibi vindicare cùm mater viuit, ita enim loquitur; tunc enim æquum eſt & vtile matri, & ſubſtitutio ſit fideicommiſſaria: Cæterùm, ſi mater non ſit in medio, ſubſtitutio iure directo valebit, propter priuilegium militare. *Eandem ſententiam ſecutus eſt Zaſius de ſubſtit. cap. 5.*

Reprobant verò hanc ſententiam Paulus Caſtrenſ. Iaſon & Decius, *in dicta l. precibus, Alexand. in d. l. Centurio, Viglius in §. qua ratione, in Inſtitut. de pupill. ſubſtitut.* quia matris fauor & commodum tunc ſpectari ſolet, cùm de hæreditate filij agitur, non autem cùm agitur de hæreditate patris; quia mater aliquem fauorem meretur, quoad filij ſui hæreditatem, non autem quoad hæreditatem viri ſui.

Secunda eſt ſolutio Bartoli & Alexandri *in d. l. Centurio.* Iuriſconſultum loqui, cùm teſtator vſus fuit verbis directis. Imperatorem autem, cùm vſus eſt verbis communi-

bus; ſicut eſt verbum ſubſtituo: tunc enim poſt pubertatem in fideicommiſſum vertitur.

Damnant hanc expoſitionem Iaſ. *in d. l. precibus.* & Cagn. *ibid nu.* 152. *Vigl. ad Zaſ. locis annotatis, & præter eos Duar. l. 2. Anniuerſariar. diſp. c. 7.* [*Qui negant*, inquit, *in ea ſpecie ſubſtitutionem directo, & verbis ciuilibus factam fuiſſe* (loquitur autem l. de precib.) *conuincuntur verbis Dioclet. cùm ait, ſecundùm heredem ſcripſiſſe.*]

Tertia eſt ſententia Fulgoſij, quam alij ſecuti ſunt, *vt per Iaſ. in d. l. precib. Couarr. in c. Rainu. §. 9. de teſtam. Vigl. d. §. qua ratione, Inſt. de pupill. ſubſtit. Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 18. tit. de Compendioſa, num.* 116. etiam in ea ſpecie, de qua loquitur Imperator, ſubſtitutum iure directo ſuccedere. Nec obſtant illa verba, [*veluti ex cauſſa fideicommiſſi;*] quia non ſignificant eſſe fideicommiſſum, ſed ad ſimilitudinem fideicommiſſi locum eſſe ſubſtitutioni. Similitudo autem in eo eſt poſita, quod per fideicommiſſum ſuccedit ſubſtitutus teſtatori, non autem grauato, *l. coheredi. §. cùm filia. ff. de vulgar. & pupill.* Ideo etiam apud Imperatorem ſubſtitutus in bonis tantùm teſtatoris ſuccedere dicitur.

Non placuit hæc ſententia Alexandro, *in d. l. Centurio* nec Caſtrenſi, neque Decio, neque Cagnolo, quia ſi iure directo ſubſtitutus ſuccederet in ea ſpecie, de qua loquitur Imperator, non eſſet neceſſe petere bona, ſed propria autoritate illa poſſet accedere. Præterea, dicit textus, bona peti poſſe. [*Patris duntaxat quaſi ex cauſſa fideicommiſſi.*] Ergo implicat, ſi dicatur peti poſſe iure directo.

Quarta fuit ſententia Benedicti Plumbini, quam vterque Decius ſecuti fuêre Lancell. & Philippus: Papinianum loqui cùm teſtator vſus eſt verbis directis, vt patet ex illis verbis: *Directo ſubſtituit.* At Diocletianum loqui, cùm teſtator vſus eſt verbis obliquis, nempè, fideicommiſſum importantibus, quod probatur iuris præſumptione: Nam miles præſumitur teſtatus iure communi, *in l. teſtamento. C. de milit. teſtament.* Ius autem commune vetat; poſt pubertatem directo ſubſtitui, *l. verbis ciuilibus, ff. de vulgar.*

Non placet hæc ſententia; quia vt ſuprà dictum fuit, etiam in ſpecie d. l. precibus, teſtator vſus fuiſſe videtur verbis directis, quia textus dicit, *ſecundùm heredem feciſſe*, quę verba proculdubio ſint directa.

Quinta igitur eſt Franciſci Duareni ſententia *libro ſecundo. Anniuerſariarum diſputat, cap. ſeptimo.* quam eiuſdem verbis referre placet. Cur enim alia, quàm elegantiſſimi Doctoris verba referrem? Sic ait telatis verbis d. l. Centurio. [*Ex quibus verbis*, inquit, *colligimus cùm pater, idemquè miles ſubſtituit directo filio ſuo, ſi intra viceſimum & quintum annum deceſſerit, multum referre, an filius deceſſerit impubes, an poſt pubertatem: Nam ſi deceſſerit impubes, ſubſtitutus capiet iure communi bona propria filij, tanquam ex pupillari ſubſtitutione, quia ſubſtitutio pupillaris ad bona impuberis pertinet. Si verò iam pubes filius deceſſerit, ſubſtitutus; propter priuilegium militis, bona capiet tantùm paterna: Subſtitutio enim militaris ad alia bona, quam militis non porrigitur, l. 5. ff. de milit. teſtam. Quod autem Papinianus reſpondit, ſubſtitutum bona teſtatoris capere cum fructibus inuentis in hereditate, argumento eſt hanc ſubſtitutionem fideicommiſſariam non eſſe, cùm fructus inuenti in hereditate non reſtituantur fideicommiſſario, l. in fideicommiſſario. ff. ad Treb. Qua tamen in re magna cõtentio eſt Doctorum ſcholaſticorum, propter ſubobſcura Diocletiani verba, C. de impuberũ, & alijs ſubſtit. c. 8. Quibus ſignificare videtur, poſt pubertatem iure tantùm fideicommiſſi ſubſtitutionẽ huiuſmodi valere. Si verò*, inquit, *poſt pubertatem te eius ſucceſſionem obtinẽte, velut ex cauſa fideicommiſſi, bona, quæ cùm moreretur patris eius fuerunt, à te poſſunt peti. Verùm hic mihi videtur eorũ verborum ſenſus eſſe, hanc ſubſtitutionem. quæ directa eſt, perinde valere, ac valeret iure fideicommiſſi, ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet. Nam certi iuris eſt, valere fideicommiſſum poſt pubertatem, l. cohæredi. §. cùm filia. ff. de vulg. Sed quia verbis ciuilibus directò hic ſubſtituerat teſtator, dubitabatur an valeret. Et Diocletianus animaduertens militem eſſe teſtatorem, ita reſcribit, vt iam diximus, oſtendique militem non minus directò ſubſtituere poſt pubertatem poſſe, quàm ex cauſſa fideicommiſſi: Hæc autem verba; te eius ſucceſſionem obtinente, &c. ſic accipienda ſunt, vt mater ſuccedat filio, ſubſtitutus bona teſtatoris capiat: quia non iure cõmuni ſed mili-*

litia-

liberi priuilegio ſuccedit. Sed cur ſubſtitutus petere dicatur a matre, dixerit aliquis? Reſpondeo. expoſuiſſe fortaſsis mulierem in libello precum, ſe occupaſſe omnia bona tam patris, quàm filij, & conſuluiſſe Imperatorem, an ſubſtitutus ea bona petere ab ea poſſet. Cui reſpondet Imperator. ſubſtitutum bona petere poſſe, non filij, ſed teſtatoris.] Hactenus ille.

Sed hæc elegantiſſimi iuxta & doctiſſimi viri ſententia nullo modo nobis probatur. Inprimis id, quod dicit, illa verba l. Centurio, quibus dicitur bona eſſe reſtituenda cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento eſſe, non ibi agi de fideicommiſſaria reſtitutione; quia fructus non veniunt, *l. in fideicommiſſaria ff. ad Trebellian.* Id inquam nullo modo placere poteſt: quia textus *in l. in fideicommiſſaria.* non loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, ſed de fructibus perceptis ab hærede grauato, quos, ſi non ſit in mora, reſtituere non tenetur. Cùm verò aliquis fideicommiſſi reſtitutionem iniungit omnium bonorum, ſine dubio etiam fructus tempore mortis teſtatoris inuenti in hæreditate in reſtitutionem venient: nam & ij bona ſunt, & in hæreditate continentur, quæ reſtituenda eſt, *vt in l. poſtulante. §. vlt. ff. ad Trebellianum. l. vſufruct. 24. ff. de vſufruct. leg. & declarat.* Cuiacius *lib. 11. obſeruat. cap. 25. lib. 1. C. de his quib. vt indign.*

Quod verò putat iure directo ſubſtitutum ſuccedere apud Diocletianum, & ſenſum eſſe illum, quem dicit, ſubſtitutionem iure directo in ea ſpecie valere, perinde, ac valeret iure fideicommiſſi, ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet, in eo grauiter errat; Quia nimis diſerta & clara ſunt verba textus: [*Bona veluti ex cauſa fideicommiſſi peti poſſe.*] Si hoc ſenſiſſet Imperator, quod Duarenus ſcribit, non ita dixiſſet, ſed potiùs bona peti poſſe perinde, ac peti ſi fideicommiſſum extitiſſet, potuiſſent.

Vera igitur hæc eſt interpretatio & ſententia, & Papinianum & Diocletianum idem reſpondiſſe: nempè, ſubſtitutum bona ex fideicommiſſo petere poſſe; non autem iure directo, quæ ſententia eſt Iacobi Cuiacij, neque enim, quæ aliorum ſunt, mihi arrogare ſolitus ſum. Is enim *lib. 12. obſeru. c. 27.* ſcribit in hæc verba: [*Certi iuris eſt, non poſſe quenquam ſubſtituere poſt pubertatem. Quod enim receptũ eſt, vt pater filio impuberi ſubſtituere poßit, eo receptum eſt; quia impubes teſtamentum facere non poteſt. Nullo autem modo tolerari poteſt, vt ei, qui heredem facere poteſt, tu heredem des, adeò, vt ne rogari quidem poßit, vt aliquem heredem faciat, l. ex facto, in princ. ff. ad Treb. Quare poſt pubertatẽ fruſtrà ſubſtituimus liberis noſtris pupillariter & directo. Nam per verba fideicõmißi poſſumus eam ætatẽ egredi, l. cohæredi. §. cum filia, ff. de vulg. §. vlt. Inſtit. de pupill. ſubſtitut. & de vulgari ſubſtitutione nõ eſt quærendum, an egrediatur pupillarem ætatẽ. Cùm ætas & tempus vulgari ſubſtitutioni non opponantur. Solus tamen miles egreditur pupillarem ætatem, l. in teſtam. C. de teſtam. milit. l. precip. C. de impub. verb. ſcilicet directis non inutiliter, hactenus vt verba directa poſt pubertatẽ trahantur ad fideicõmiſſum, ſiue mater in medio ſit ſiue alius agnatus: nam licet in l. precibus, mater in medio ſit tamen in l. centurio. ff. de vulg. ſubſtit. generaliter ait Iuriſconſultus ſubſtitutũ ex priuilegio militis, capere bona militis, nõ bona filij: venire igitur cum iure fideicõmiſſi: nec enim illa ratio idonea eſt. Cur non capit, niſi bona militis? quia priuilegiũ militis non debet cuiquam fraudi eſſe: at ſi legitimis heredibus filij hereditatem adimeret, illis iniuriam faceret. Immò, quia ſubſtitutus venit iure fideicommißi, & fideicommiſſo non continentur bona propria filij, l. cohæredi. §. quod ſi heredem. ff. de vulg. ſubſt. Falluntur igitur interpretes in l. precibus, qui quando mater in medio eſt, non alij heredes, putant militarem ſubſtitutionem trahi ad cauſam fideicõmißi. Denique priuilegium militum in eo eſt, quod facta ab his vltra pubertatẽ directa ſubſtitutio, inutilis non eſt, paganorum autem inutilis; vt nec ad cauſam fideicommißi proficiat.*] Hactenus ille. Idem ferè idem Cuiac. *lib. 11. cap. 25.* His exceptis, quæ ex Cuiacio & Duareno retulimus: cætera Doctorum placita latè & accuratè expendit nouiſſimè Menochius *de præſumpt. lib. 4 præſumpt. 52.* quem poſtea legi.

Capvt XLIV.

De compendioſa ſubſtitutione impuberi filio facta à pagano verbis directis, an filio poſt pubertatem mortuo, valeat vt fideicommiſſaria?

CÆTERVM ſi miles, ſeu paganus filio ſuo impuberi ſubſtituerit, alium hæredem compendioſè, ſed verbis directis controuerti ſolet, an filio poſt pubertatem vita functo, locus ſit ſubſtitutioni, quaſi ex cauſa fideicommiſſi, ita, vt directa ſubſtitutio trahatur ad fideicommiſſum, quæ quidem quæſtio olim difficillima exiſtimata fuit, vſque adeò, vt Carolus Ruinus, Alciato teſte, *lib. 1. Paradoxorum, cap. 5.* in auditorio eam indiſſolutam reliquerit, eo, quòd ſibi licet ſumma diligentia veſtiganti non ſatis perſpectam eſſe diceret. Et ſanè diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ, *vt videre licet ex Didaco Couuarr. ad c. Raynutius, §. 9. num. 15. de teſtam. ex Doctoribus qui ſcripſerunt in l. Centurio. ff. de vulgar. & ex alÿs quos commemorant Vaſquius de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 18. tit. de Compendioſa, num. 64. Mantica, de coniect. vltim. volunt. lib. 7. tit. 3. numer. 5. 6. Alexand. Trentacinquio, de ſubſtitutionibus, parte 4. c. 9. Menoch. de præſumpt.* lib. 4. præſumpt. 55.

Ego in argumentis recenſendis, ac tota huius rei diſputatione inſtituenda, nunc minimè verſabor, quoniam vulgata ea ſunt & diſcuſſa in locis ordinarijs, vt nec maiorem lucem & ordinem à me requirant, quid ipſe iuri conſentaneum exiſtimem, paucis explicabo, tum argumenta diluam contrariæ ſententiæ.

Ego eam ſententiam amplector, quæ ſubſtitutionem, qua de agitur ad fideicommiſſum trahi poſſe negat, vtrque autore etiam hac in re Iacobo Cuiacio, *lib. 11. obſeruat. cap. 25.* necnon argumentis eiuſdem, quorum illud eſt primum; Verbis ciuilibus ſubſtitutionem poſt decimumquartum annum fruſtrà fieri, *l. verbis ciuilibus. ff. de vulgar.* Non ignoro commune reſponſum fruſtrà fieri, vt valeat iure directo: ſed non vt valeat iure fideicommiſſi, quæ reſponſio bona eſſet, ſi alia lege probari poſſet valere iure fideicommiſſi.

Secundum argumentum eſt. Quoniam, vt talis directa ſubſtitutio poſt pubertatem filio moriente ad fideicommiſſum trahatur, ſpeciali quodam priuilegio in militibus eſt conſtitutum, *vt patet ex d. l. Centurio. ff. de vulgar. & l. precibus. C. de impub. & alÿs ſubſtit. & in præcedenti capite explicatum eſt.* Ergo in Paganis regula eſt contraria nempè, directam ſubſtitutionem poſt pubertatem non valere, ſed valere eſſe factam, nullius momenti eſſe; ac in fideicommiſſariam verti non poſſe.

Tertium argumentum eſt ex l. Scæuola, ff. ad Trebell. ibi enim benigna interpretatione ſubſtitutio directa trahitur ad fideicommiſſum, quia facta eſt in Codicillis, & quia pupillus impubes eſt mortuus, vt ſcilicet, quod non poteſt valere quaſi teſtamentum pupillare, valeat quaſi Codicillus eiuſdem ab inteſtato. Igitur his ceſſantibus, dicendum eſt non valere, ſecundùm tritiſſimas & omnibus notas iuris regulas.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ eſt *in c. Raynutius, de teſtament.* in illis verbis: [*Adiecta verò impuberi reliquit certa bona ſua, adÿciens, vt Alterocha, & ſoboles quam geſtabat in vtero, eidem impuberi ſuccederent, ſi abſque liberis moreretur, &cæt.*] Ex quibus verbis patet factam fuiſſe compendioſam ſubſtitutionem impuberi, verbis directis, quia illa verba: [*Eidem impuberi ſuccederent,*] ſunt directa.

Reſpondeo, illa verba non eſſe directa, nec vllo iure id probari poſſe, & quanquam Baldus & alij id dicant, tamen alij contrarium docent, *vt ſcribit Couuarr. ad d. Raynutius, §. 9. numer. 5. verſ. item verbum ſuccedat.* Quemobrem, & imprudenter locutus eſt Cuiacius *loco ſuprà proximè citato,* dum dixit, iure Pontificio in propoſita quæſtione noſtra verba directa ad fideicommiſſum trahi, & ea in re Pontifices erraſſe: Non hoc Pontifices dixerunt, nec ſtatuerunt, & conſequenter, nec errauerunt, ſed ipſe errauit, temerè eorum verba interpretatus: quanquam hoc excepto, veram ſententiam hac in re mihi videtur amplexus.

Secundum argumentum eſt, ex d. l. Scæuola, ff. ad Trebell. ſed, vt ſuprà dixi, [illegible] fauet ſententiæ noſtræ illa lex, cum ex benigna interpretat. directa ſubſtitutio ad fideicommiſſum ibi trahatur fauore pupilli, & quia facta eſt in Codicil. vt dictum eſt, quibus rationibus ceſſantibus, contrarium omninò nobis hic reſpondendum videtur.

Tertium argumentum eſt ex l. precibus *in fin. C. de impub. & aliis ſubſtit.* ſed reſpondeo ibi directam ſubſtitutionem à milite factã fuiſſe, ideo in fideicommiſſariam conuertitur iure quodam ſingulari; nos vero loquimur de tali ſubſtitutione à pagano facta, in qua proinde contraria videtur eſſe iuris regula.

Poſtremum argumentum eſt, quia verba directa quandoq; trahuntur ad fideicõmiſſum, *l. filiusfamilias, § vt quis heredem, de legat. 1. l. ex facto, ff. ad Trebell. l. vlt. C. de hered. inſtit.* Reſpondeo, non eſt bona conſequẽtia. Ergo trahuntur etiam in ſpecie iſta; quia in dictis legibus verba teſtatoris relata ſunt ad hæredem, quæ proinde facile fideicommiſſum inducere poſſunt. Quare, vt habetur in dictis legibus, ſi quis rogatus fuerit, vt aliquem hæredem faciat, id accipiendum erit, vt fideicommiſſo rogatus eſſe videatur hæreditatem reſtituere. Non ergo, ſi in eo caſu ita conſtitutum eſt, idcirco idem in caſu noſtro reſpondendum erit, qui & longe diuerſus eſt; & diuerſam habet rationem.

Capvt XLV.

Quid ſi eadem compendioſa ſubſtitutio filio impuberi verbis communibus facta fuerit, & mater ſit in medio, an moriente in pupillari ætate filio ſit directa, vel omni tempore fideicommiſſaria.

IN hac celebri controuerſia ſimiliter; vt in præcedenti, quid ipſe ſentiam, paucis indicabo. Autores & argumenta hinc inde videri poſſunt, *ex recentioribus, Franciſco Burſato in conſ. 8. Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. 7. tit. 6. nu. 16. Alexandro Trentacinquio de ſubſtit. par. 4. c. 11. Couar. in c. Raynut. § 9. n. 15. de teſtament. Menochio de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 54.*

Ego eorum ſententiã magis probo, qui docuerunt ſubſtitutionem compendioſam verbis communibus factam à pagano, filio impuberi, non omni tempore fideicommiſſariam intelligi, ſed, filio ante pubertatem moriente directam pupillarem cenſeri, poſt pubertatem vero moriente, fideicommiſſariam, quod vltimum omnes fatentur.

Mouet me text. in c. ſi pater, de teſtam. lib. 6. [*Si paterfamilias,* inquit, *filium & filiam habens impuberes, filiam in re certa, filium vero in cæteris bonis ſuis vniuerſalem hæredem inſtituit, & vxori aliqua in ſuo teſtamento legauit, adijciens, vt ſi decederet filia ſine liberis eidem filio, & ſi ipſe abſque liberis obiret, filius præfatæ filiæ ſuæ moreretur, Chriſti pauperes inſtituendo hæredes, ſi vtrumq; ſine liberis mori cõtingeret filiorum. Teſtatore mortuo, ac deinde filio ſubſequenter & filia (ſuperſtite matre) defunctis ante tempora pubertatis abſque detract. Trebellianica, ſiue partis iure naturæ debitæ facienda, ipſis pauperibus bona omnia deferuntur. Prædictæ namq; ſubſtitutiones factæ de filio ad filiam: & contra de illis ad pauperes, directæ debent intelligi pupillares. Cum in ſubſtitutionibus ſemper interpretatio ſit facienda, dummodo ſicut in caſu propoſito, earum verbis & perſonis conueniat inſtitutis, vt ſubſtitutio directa intelligatur potius, quam obliqua, &c.*]

Hic perpendo maxime Pontificis Maximi reſpõſum *in verſic. Cum in ſubſtitutionibus, &c.* Nam ſi ſemper in ſubſtitutionibus hæc eſt interpretatio facienda, vt potius directæ ſint quam obliquæ, cum id verbis earum & perſonis conuenire poteſt; optime infertur, eodem modo accipiendam eſſe ſubſtitutionem, de qua agitur, quoniam hæc interpretatio, & verbis, & perſonis maxime conuenit. Verbis quidem; quia ſunt communia, & ſic tam ad directam, quam ad obliquam ſubſtitutionem accommodari poſſunt. Perſonis autem; quia filius eſt impubes, cui ſubſtitutio eſt facta, eiq; ſic melius conuenit pupillaris directa, quam fideicommiſſaria; Nam directa pupillaris eſt teſtamentum filij, & nullum continet onus; Fideicommiſſaria vero onus continet fideicommiſſi, & patris eſt, non filij teſtamentum. Quamobrem potius credendum eſt, patrem ea ſubſtitutione teſtamentum pro filio facere voluiſſe, quam cum fideicommiſſo in pupillari ætate onerare.

Sed argumenta refellenda ſunt ſigillatim, quibus contraria nititur ſententia.

Primum eſt, ex generali quodam pronunciatio, vnũ & idem verbum, plura tempora reſpiciens, ea debet æqualiter determinare, *l. iam hoc iure, ff. de vulgar.* Ergo verba communia, quæ reſpiciunt tempus pubertatis, & tempus poſt pubertatẽ, debent omnia æqualiter determinare; & ſicut tempus poſt pubertatem, ita determinant, vt ſubſtitutio intelligatur eſſe fideicommiſſaria: ita etiam determinare debent tempus ante pubertatem.

Reſpondeo argumentum procedere, vbi eadem eſt ratio in omni tempore, ſed hic ratio diuerſa eſt; quia ante pubertatem valere poteſt, vt ſubſtitutio directa: Poſt pubertatem vero non poteſt valere, vt directa, ideo neceſſe eſt, vt ad fideicommiſſum trahatur, & aliæ ſunt rationes ſpeciales, quibus nititur Iuriſconſulti reſponſum in *d. l. iam hoc iure.* quæ non habent locum in hac ſpecie noſtra.

Secundum argumentum: Vna & eadem res diuerſo iure cenſeri non debet, *l. cum qui ædes, ff. de vſucapion.* hic autem diuerſo iure cenſeretur, ſi ſubſtitutio ante pubertatem eſſet directa, & poſt fideicommiſſaria. Ergo, &c.

Reſpondeo, regulam nõ habere locum, vbi diuerſitas eſt temporis, vt hic, *argum. l. Pomponius. 2. ff. de negot. geſt. & patet ex l. precibus, C. de impub. & aliis ſubſtit.*

Tertium argumentum: Non debet fieri voluntatis diuiſio, *l. cum qui, §. vltim. ff. de his quib. vt indig.* ſed hic fieret diuiſio. Ergo, &c. Reſpondeo, voluntatis diuiſionẽ fieri non poſſe, in hoc ſenſu, vt pro parte valeat, & pro parte non valeat: ita loquitur propoſitio argumenti, ac proinde non attingit rem noſtram.

Quartum argumentum eſt ex c. Rainu. de teſtam. Reſpondetur, non hoc ibi eſſe conſtitutum, omni tempore fideicommiſſariam eſſe ſubſtitutionem, & filiam ibi deceſſiſſe poſt pubertatem.

Quintum argumentum: In dubio eſt illa interpretatio accipienda, quæ matri magis fauet, *l. qui duos, §. 1. ff. de reb. dub. l. vltim. C. de inſtit. & ſubſtit.* Reſpondeo, negando regulam, ſeu propoſitionem generaliter veram eſſe, ſicut in argumento dicitur, nec ea probatur ex allatis legibus, licet ex certis circumſtantiis facti, matri pupilli fauendũ illis in caſibus eſſe conſtitutum ſit; Sed ex vno vel altero peculiari caſu nõ recte quis generalem conſtituit propoſitionem, ſicut ſi dicatur: Petrus currit, Titius currit, ergo omnes currunt.

Sextum argumentum: Pupillaris ſubſtitutio tacita matrem non excludit, *l. precibus. C. de impuber. & dictum eſt ſupra.* Ergo nec compendioſa, quæ tacitam continet pupillarem. Reſpondeo compendioſam ſubſtitutionem continere in ſe pupillarem, non ex quodam tacito intellectu, ſicut vulgaris expreſſa, ſed ex natura ſua, & voluntate clara teſtatoris, quia compendioſa continet plura tempora, ita vt quandocunque filius deceſſerit ſiue ante, ſiue poſt pubertatem, ſubſtituto locus ſit: alia ratio eſt in vulgari expreſſa quæ pupillarem continere dicitur non ſuapte natura, ſed ex quodam tacito intellectu, ac ſubtili interpretatione, quæ proinde contra matrem valere non debet.

Vltimum argumentum eſt ex d. l. precibus, C. de impub. quatenus ibi directa ſubſtitutio trahitur ad fideicommiſſum fauore matris viuentis. Reſpondeo, nil valere iſtud argumentum, quia ad fideicommiſſum trahitur illa ſubſtitutio ibi, quando filius poſt pubertatem moritur; ſecus quando ante pubertatem.

CAPVT XLVI.

De ſubſtitutione facta in caſu, quo filij naſcituri deceſſerint abſque liberis, an locum habeat, filiis non natis.

HIc præterire non poſſum inſignem in hac eadem materia cõtrou[illegible] ſuper qua ſententiam Iudex protuli in Ciuitate Placentia, nunquam enim è memoria excidet nobiliſſima illa Ciuitas, [illegible] Doctoribus, ac viris præſtantiſſim[illegible]ta, cuius & ipſe ciuis tunc factus fui, cum ibi Iudex cauſſarum fiſci & Conſi[illegible]s

[illegible]

inſtitiæ eſſem. Confiſcata fuere bona Equitis Scipionis Aſinelli, ea ſibi reſtitui petebat D. Octauius Aſinellus ex fideicommiſſo vocatus D. Ioannis Baptiſtæ Aſinelli. Is teſtamento condito, hæredem inſtituerat filium, & poſt eum eiuſdem filium primogenitum naſciturum, & primogeniti primogenitum, vſque in perpetuum. Moriente vero filio ipſius hærede inſtituto, & eius filio primogenito, ac cæteris deinceps primogenitis, ita vt nullus ſupereſſet, tunc & eo caſu D. Octauium ſubſtituerat: ſed quoniam ex filio hærede inſtituto nullus erat natus filius, in dubium vocabatur, an ſubſtitutioni locus eſſet: Dicebatur enim ſubſtitutum vocatum fuiſſe in eum caſum, quo primogenitus filij teſtatoris, & primogeniti primogenitus deceſſiſſet abſque filiis, quę conditio non euenerat, cum nulli nati eſſent liberi. Nam qui non naſcitur, mori non dicitur, *c. quod vero 32. q. 2. Gloſſ. & Doct. in l. qui duos. §. 1. ff. de manu teſtament.*

Et pro hac ſententia quædam generales regulæ proponebantur. Caſum à teſtatore omiſſum, habendum eſſe pro omiſſo, *l. commodiſſime, ff. de liber. & poſthumis.* Item conditionem implendam eſſe in forma, *l. qui heredi, l. Maeuius, ff. de condit. & demonſtr.* alias deficere fideicommiſſum, *leg. cum auus.* ibi, *Conditionem fideicommiſſi defeciſſe, ff. eodem tit.*

Confirmabatur eadem ſententia autoritate Oldr. *in conſ. 177. Teſtator.* is reſpôdet, de hac facti ſpecie Teſtator poſthumum inſtituerat naſciturum ex vẽtre vxoris ſuæ prægnantis, & ſi is in pupillari ætate, vel poſtea quandocunque ſine prole legitima decederet, alium poſthumum ſecundo naſciturum ſubſtituerat; ita vt ſi decederet ſecundus ille poſthumus in pupillari ætate, vel poſtea quandocunque ſine prole legitima, frater ſuus hæres eſſet. Natus fuerat vnus tantummodo poſthumus, qui in pupillari ætate deceſſerat, ſubſtitutus hæreditatem vindicabat, Oldradus reſpondit non eſſe admittendum, quia ſubſtitutus fuerat poſthumo ſecundo, ſi is natus fuiſſet, & in pupillari ætate deceſſiſſet, eo igitur non nato ſubſtitutionem euanuiſſe.

Idem reſpondit Ioan. Andr. ad Specul. tit. de teſtamentis, § 1. Alexander in conſil. 1. lib. 1. Cornius in conſil. 199. lib. 2. Ancharan. in conſi. 356. Ex ſerie Fulgoſius in conſ. 49. Angelus in conſ. 93. Signorolus in conſ. 199. Ruin. in conſ. 104. n. 4. conſ. 172. num. 4. conſ. 173. nu. 5. lib. 2. in conſ. 4. nu. 6. lib. 3. Pariſ. in conſ. 74. n. 9. lib. 3. Soc. ſen. in conſ. 140. n. 8. lib. 1. Ripa in l. 1. nu. 96. ff. de vulg. Socin. iun. in conſ. 169. n. 5. lib. 2. Alciatus in conſ. 452. n. 8. Menochius in conſ. 326. n. 13. li. 4. qui ſupradictos recenſet. Adde Socinum ſen. in l. 1. colum. 12. in 8. limit. ff. de vulg. Crauet. in conſil. 313. lib. 3. qui de eadem facti ſpecie reſpondit cum Alciato proxime citat. de qua etiam reſpondit Ruin. in conſ. 175. lib. 2. late alios citans. Hyppolit. Riminald. in conſ. 116. num. 117.

Et hæc eo magis locum habere videbãtur, quia ſubſtitutio reſtricta fuerãt illa Clauſula: [*Tunc & eo caſu.*] quæ Clauſula operatur, vt ſubſtitutio non debeat ad alium caſum etiam ſimilem extendi, *ſecundum Anch. in d. conſil. 156. Ex ſerie. Rom. in conſil. 131. num. 2. 138. num. 4. Socin. conſil. 259. col. 4. verſic. confirmantur præmiſſa, lib. 2. Dec. in l. vlti. num. 2. C. de inſtit. & ſubſtit. & in conſil. 63. n. 3. 325. col. 2. alios recenſet Menochius in d. conſ. 326. num. 16. lib. 4. quibus adde Balduin in conſil. 57. num. 2. lib. 2. Pariſium in conſil. 31. num. 4. 73. num. 31. 86. num. 34. lib. 2. conſil. 2. nu. 15. 14. n. 9. 66. num. 44. 72. num. 19. lib. 3. Ruin. in conſil. 200. num. 9. lib. 2. 130. nu. 10. ead. lib. 31. nu. 10. lib. 3. Bero. conſ. 49. num. 12. 79. num. 8. 99. nu. 9. lib. 2. Grat. conſ. 124. n. 37. lib. 1. Car. lin. Alba. ad Bartol. in l. 1. nu. 13. ff. de vulg. Riminal. ſen. in conſil. 455. num. 32. D. meum Cephal. in conſ. 88. n. 55. Franciſc. Becium in conſ. 80. n. 22. Roland. à Valle in conſ. 599. n. 10. lib. 3. & in conſ. pro Triultiis, nu. 43. 44. 45. Natta in conſ. 678. nu. 6. Burſat. in conſ. 51. n. 25. Hyppolitum Rim. in conſ. 110. n. 117. Cell. Vgo. in conſ. 20. n. 53. Simon Pretum in conſ. 42. nu. 28. Hieron. Gabr. in conſ. 111. nu. 14. Plotum in conſ. 86. n. 2. Hieron. Gigan. in conſ. 99. n. 18. Purpur. in conſ. 299. nu. 153. lib. 2. D. meum Decian. in conſ. 2. nu. 24. lib. 2. Conſilium Ticinenſe pro Triultiis, n. 15.*

Verum his non obſtantibus, contrarium pronunciaui, nempe bona confiſcata ad dominum Octauium pertinere. Mouit me in primis, quia hæc eſt certiſſimi iuris

gio-

propoſitio, cum plures gradus ſubſtitutionum ſiunt, & vnus deficit, bona reſtitutioni ſubiecta manere debere apud hæredem grauatum cum ſuo onere, vt videlicet ſequentibus ſubſtitutis ex ordine reſtituantur, *vt in l. vnica, § pro ſecundo, C. de caduc. tollend. & declarat Bartol. in l. quamdiu, in fin. & ibidem Aret. ff. de acquir. hæred. Socin. iun. in conſil.* 181. *num.* 46. 47. *lib.* 2. Cum igitur ſubſtitutionum gradus defecerint, quia nullus ex hærede grauatus primogenitus natus erat, ſequitur hæreditatem ad D. Octauium ſubſtitutum pertinuiſſe, eiq; à fiſco, qui in locum hæredis grauati ſucceſſerat, reſtituendam eſſe.

Nec obſtat cui dicitur, *vt dicebat Alc. in d. conſ.* 492. *& poſt eum Menoch. in d. conſ.* 326. *nu.* 35. *lib.* 4. hęc ſibi locum vindicare, cum ſubſtitutionis gradus deficit, quia non valet tanquam caducus, vel in cauſſa caduci, ſecus ſi ſit nullus: quia pro nō ſcripto habeatur, tunc enim apud hæredem bona manere debent ſine onere, l. vnic. §. in 1. C. de caduc. tollen. illi, [*Nullo grauamine, niſi per raro in hoc, pro non ſcripto ſuperueniente.*]

Non, inquam, id obſtat, quia hæc procedunt in legato particulari, ſeu fideicōmiſſo, ſecus in vniuerſali, vt declarat Caſt. in d. l. vnica. §. His ita definitis, C. de caduc. tol. vbi dicit tex. [*In his itaque, ſiquidem cohæredes ſunt omnes coniunctim, vel omnes disiunctim, & vel inſtituti, vel ſubſtituti, hoc quod fuerit quoquo modo vacuatum, ſi in parte hæreditatis vel partib. conſiſtat aliis hæredibus cum ſuo grauamine pro hæreditaria parte, etiamſi iam defuncti ſint, acquiratur.*] Et text. in d. §. in primo, loquitur de legato particulari & fideicommiſſo.

Secundo, in eam ſententiam adductus fui, quia probabiliorem eſſe opinionem exiſtimaui, qui filiis non natis locum eſſe ſubſtituto docuerunt. Nam ſi teſtator vocauit ſubſtitutum, ſi filij naſcerentur ex filio, & morerentur abſq; filiis, nulla eſt ratio, cur non etiam eum vocaſſe intelligatur, ſi filij non naſcerentur, *vt late reſponderunt Decius in conſil.* 227. *Socin. iun. in conſil.* 181. *lib.* 2. *Berous in conſil.* 102. *lib.* 2. *D. meus Decianus in conſil.* 1. *libr.* 1. *& nouiſſime Menochius in conſil.* 432. *lib.* 5.

Ad argumenta in contrarium facile reſponderi poteſt. Nam quod attinet ad regulas illas: Omiſſum à teſtatore, &c. & cōditionem implendam in forma reſpondeo cum D. meo Deciano, *d. conſ.* 1. *nu.* 38. & *nu.* 105. eſſe eandem rationem in caſu o[illegible]ſo; ac proinde idem eſſe ſtatuendum, quod pluribus ille demonſtrat argumentis, quibus non reſpondit Menochius *dict. conſ.* 326. *nu.* 9. & 11.

Ad autoritates in contrarium allatas, & ſimul ad clauſulam. Tunc & eo caſu [illegible]ōſio patet ex Deciano, *vbi ſupr. n.* 148. Et eam clauſulam non obſtare, nec impedire extēſionem ad caſum ſimilem, reſpond[illegible] Alba. *in conſ.* 51. & Rolan. à Valle *in conſ.* 70. *n.* 15. & 48. *lib.* 3. *Marzar. in conſ.* 1. *Simon Pret. de interp. vlt. volunt. fol.* 250. *n.* 49. *Hippol. Rimi. in conſ.* 21. *n.* 55. *Beretta in conſ.* 27. *nu.* 17 & 24. *D. meus Ceph. in conſ.* 196. *num.* 23. *Colleg. Bononienſe pro Triuultiis, n.* 18. *Mantica de coniect. vlt. volunt. lib.* 3. *tit.* 14. *nu.* 10.

Capvt XLVII.

Vtrum res reſtitutioni ex fideicommiſſo ſub[illegible] alienari poſſint ex cauſſa reſtitutionis dotis vxori grauatæ.

Certum eſt, res reſtitutioni ſubie[illegible]tas ex fideicommiſſo, ex cauſſa dotis vel donationis propter nuptias alienari po[illegible], *vt in Authent. Resque, C. commun. de leg. & fideicommiſſis, & in §. Quamobrem, in Authe[illegible]. de reſtitut. & ea, quæ parit in nouo men[illegible].* Sed [illegible]trouerſia eſt, ſi non de dote con[illegible]da, vel donatione propter nuptias a[illegible], [illegible]rum de ea reſtituenda, ſitne idem c[illegible]tuendum. Vt exempli cauſa, ſi filius grauatus ex fideicommiſſo reſtituere, dote[illegible] vxoris acceperit, & dos ipſa repetatur ſoluto matrimonio, an ex rebus reſtit[illegible] ſubiectis dos ſoluenda ſit, & puto no[illegible] reſtituendam. Autores habeo Angel[illegible] *Commentariis d. Nouella, de reſtit. & ea [illegible], &c.* Iaſonem *in d. Authent. Res quæ, C. co[illegible] de leg. & fideicommiſſis, nu.* 29. *Alciat. ad[illegible]. 65. ff. ſol. matr. & in conſ.* 555. *n.* 3. *Socin. [illegible] in conſ.* 119. *nu.* 7. *lib.* 2.

Funda-

Fundamentum verò illud videtur mihi ſolidum, quia cùm de dote conſtituenda agitur, filiæ reſtitutionis onere grauatæ, vel de donatione propter nuptias pro filio, qui ſimiliter onere fideicommiſſi grauatus eſt, iuſtum eſt, vt reſtituendi onus non impediat dotis & donationis propter nuptias conſtitutionem; quia pater, qui reſtitutionem iniunxit dotem dare filiæ ſuæ, & propter nuptias donationem pro filio ſuo conſtituere tenebatur, *l. vltim. C. de dotis promiſſ.* quamobrem in præiudicium dictæ dotis, & donationis, reſtitutionem iniungere non poterat, ſed excipere debebat tantùm ex bonis, quantum ad dotem & donationem requirebatur. Hæc ratio locum non habet, cùm de dote reſtituenda agitur, quam filius poſt mortem patris accepit; quia pater ad reſtituendam dotem non tenetur, niſi fuerit ei data & ſoluta, vel filio iuſſu patris, vel peculium habeat ipſius filij, *l. ſi cùm dotem. §. tranſgrediamur, ff. ſolut. matr.* Et cùm pater non teneatur, certum eſt, non teneri etiam eum, cui res reſtituendę ſunt; Conſequenter, nihil proponitur cur ex his rebus quæ ad alium ſpectant iure fideicommiſſi, dotis reſtitutio fieri poſſit, aut eam ob cauſam res ad alium ſpectantes alienari. Neque enim iuris regulis eſt congruum, vt is, qui nec debitor eſt, nec debitoris hæres, onus dotis ſoluendæ cogatur ſuſtinere.

Sed contrariam ſententiam habuere Ioannes de Anania *in conſil. 61.* Caſtrenſ. *in conſil. 80. lib. 1. Alexand. in conſil. 67. num. 4. lib. 4. & alij, quos refert & ſequitur Couuarr. lib. 3. variar. reſolut. cap. 6. & poſt eum Menoch. in conſil. 33. num. 27. lib. 1.* quorum argumentis iam eſt reſpondendum.

Primum argumentum eſt ex §. adierunt, in d. Nouella, de reſtitut. & ea quæ parit, &cæt. vbi Imperator narrat controuerſiam, quæ fuit inter mulierem & fratrem viri defuncti, qui reſtituere debebat hæreditatem: [*Moriente namque viro,* inquit, *vxor quidem & dotem exigebat, & donationis ante nuptias factá partem, ſeu propter nuptias, quàm viro mors dabat: Defuncti verò frater aliundè vindicabat res, & patris proferebat voluntatem, &c.*] Eius litis occaſione illam condidit Nouellam, ſtatuens dotem & donationem propter nuptias excipiendam eſſe, nec in reſtitutione comprehendi. Ex quo videtur colligi, eam fuiſſe Imperatoris mentem, vt etiam dos reſtituenda vxori grauati, deduci ex rebus reſtitutioni ſubiectis poſſet.

Reſpondeo Imperatorem nihil ſtatuiſſe circa controuerſiam inter fratrem defuncti & vxorem ortam, ſic enim ait: [*Sed huic quidem data eſt negotio forma, quam bene habere putauimus, &cæt.*] Poſtea conſtituit circa dotem & donationem propter nuptias, *vt in §. Quamobrem.* & nihil ibi de hac ſpecie reſtitutionis dotis decernit. Quare argumentum ex ea Conſtitutione petitum, non eſt ſatis firmum.

Secundum argumentum eſt ex §. Sancimus, ead. Nouella, vbi Iuſtin. ita dicit: [*Sancimus itaque ſecundùm hunc modum excipi modis omnibus ad reſtitutionem nuptialia documenta, & ſuper his factas alienationes & hypothecas.*]

Reſpondeo, excipi nuptialia documenta ſecundùm modum ibi præſcriptum; vt nimirum, ſi filia ſit reſtitutionis onere grauata, dotem excipiat ſibi debitam: ſi verò filius grauatus ſit, excipiat propter nuptias donationem.

Tertium argumentum: Res reſtitutioni ſubiectæ, alienari poſſunt pro dote conſtituenda filiæ hæredis grauati. Ergo ſimiliter alienari poterunt pro reſtituenda dote vxori eiuſdem grauati.

Reſpondeo, negando conſequentiam, Nam filiæ hæredis grauati, quæ teſtatoris eſt neptis, dotem ipſe teſtator, idemque auus, dare tenetur, *leg. qui liberos, ff. de ritu nuptia. leg. vltim. C. de dotis promiſſu. leg. dotem dedi. ff. de collation. bonorum.* non tenetur autem vxori filij ſui dotem reſtituere, *vt ſuprà diximus.*

Quartum ac poſtremum argumentum: Teſtator præſumitur velle hæredem ſuum facere id, quod ipſe, ſi vixiſſet, facturus fuiſſet, *l. cùm ſeruus. ff. de condit. & demonſtrat.* ibi, [*Nam quod ipſe viuens facturus ſit, ab hæredibus ſuis fieri iuſſiſſe intelligitur.*] Sed ſi pater, hoc eſt, ſi teſtator, qui reſtitutionem iniunxit, viueret, conſentiret, vt bona ſua pro reſtitutio-

tutione dotis filij ſui eſſent obligata, vel certè ad conſentiendum poſſet compelli, *l. ſi cùm dotem. § transgrediamur, & ibi Bart. numer. 6. ff. ſolut. matrimon.* Ergo, filius mortuo patre, ſi vxorem duxerit, & dotem acceperit, obligare & alienare bona reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiecta, vt dotem acceptam reſtituat, poterit.

Reſpondeo, negando aſſumptionem. Nam, quòd pater viuens teneatur bona ſua obligare pro reſtitutione dotis filio datæ, iure non probatur, & Bartoli doctrinam impugnant Alber. & Cumanus, *in d. § transgrediamur.* & veram non eſſe fatetur Menochius *dicto conſil.* 33. Sic enim Bartol. argumentatur. Pater tenetur pro filio ſuo vxorem ducente, & dotem accipiente, donationem propter nuptias conſtituere, *vt in l. vltim. C. de dotis promiſſ.* Donatio autem propter nuptias pro cautione dotis fit: ergo vbi donatio propter nuptias non eſt in vſu, tenetur pater pro cautione dotis, bona ſua obligare nurui, loco donationis propter nuptias. Reſpondeo, negando conſequentiam: poteſt enim alia cautio adhiberi pro dotis ſecuritate, ſi dos conuertatur in emptionem prædiorum; quæ mulieri obligata ſint, vel alio in loco tuto ponatur, aut aliter ab ipſo filio, qui dotem accepit, caueatur.

Capvt XLVIII.

Si bona reſtitutioni ſubiecta expreſſè prohibeantur à teſtatore alienari, ex cauſa vel donationis propter nuptias, vtrum nihilominus eas ob cauſſas alienari poſſint.

RES reſtitutioni ſubiectas, etiam ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias alienari non poſſe, cùm teſtator expreſsè id vetuit, haud obſcurè docuerunt Alexand. *in conſil. 56. numer. 3. lib. 1. & alij, quos refert & ſequitur Couarr. lib. 3. variarum reſolut. cap. 4. num. 10. verſic. tertio.* vt quibuſdam viſum eſt; Quorum illud eſt fundamentum, quòd cùm expreſſa eſt facta à teſtatore prohibitio, ne alienatio fiat etiam ex cauſſa dotis vel donationis; tunc res eſt clara, nec dubitatio eſſe poteſt; num teſtator reſtitutionem iniungens, permiſerit, nec ne res alienari ob dictas cauſas. Huc accedat, quòd pater legitima portione filijs relicta, in his, quæ vltra eam ſuperſunt, liberè poteſt, quodcunque grauamen filijs iniungere, ſicut extraneis poſſet: & ideò quemadmodum ex omnium conſenſu alienationem extraneis dictas ob cauſas prohibere poteſt; ita etiam & liberis poterit, nec tenetur pater legitima filijs conſtituta portione, eiſdem, vel eorum liberis dotem relinquere.

Sed iſtis ego non aſſentior, & contrariam ſententiam veriorem eſſe puto, quam ſecutus eſt Caſtrenſ. *in conſil.* 80. *lib.* 1. Iaſon *in Authent. Res quæ, C. commun. de leg. colum. vltim.* Moneor ex Nouella de reſtitut. & ea quæ parit, &cæt. in §. Quamobrem, cuius hæc ſunt verba: [*Quamobrem præſentem ponimus legem, omnia quidem alia priorū à nobis poſita Conſtitutionis, rata manere volentes: hoc verò innouantes ſolummodò, vt ſi quis de cæterò reſtitutionem fecerit ſuarum rerum: primùm quidem ſeruet filio ſuo legitimam partem, non quartam: hoc enim emendauimus, inopiam eius plurimam perpendentes, ſed tertiam modis omnibus, aut mediam ſecundùm filiorum numerum; deinde ex reliqua ſubſtantiæ parte, ſi non ſufficerit legitima pars ad dotis, aut ante nuptialis donationis oblationem, honeſtè & ſecundùm perſonarum qualitatem & merita, excipere etiam hoc ad reſtitutionem, ſecundùm quod adiectum legitimæ parti dotem, aut antenuptialem facit donationem. Sancimus enim ſecundùm hunc modum excipi modis omnibus ad reſtitutionem nuptialia documenta. & ſuper his factas alienationes, aut hypothecas, &c. vel ſi grauata ſit perſona aut viri, aut mulieris reſtitutione tali, liceat ei nuncupatam antenuptialem, ſeu propter nuptias donationem, offerre, nihil quantum in illis rebus reſtitutione valente, & ſi mulier reſtitutione grauetur, non impedimentum ad dotis oblationem fieri, &c.*]

Ex his verbis patet primò non idcircò bona reſtitutioni ſubiecta alienari poſſe ex cauſſa dotis, & donationis propter nuptias: quoniam generali fideicommiſſo ac

gene-

generali reſtitutione iniuncta non videatur, ex voluntate teſtatoris contineri cauſſa dotis, & donationis propter nuptias. Nam eiuſmodi cauſſæ tacitè videntur eſſe exceptæ ab ipſo teſtatore. Sed idcircò bona alienari poſſunt ob dictas cauſſas, quia eas excipiendas eſſe lex mandat, & vult cauſſam dotis, & donationis præferendam eſſe fideicommiſſo: [*Ea enim, quæ communiter omnibus proſunt, ijs, quæ ſpecialiter aliquibus vtilia ſunt, præponimus*, inquit Imperator in verbis ſequentibus. Quamobrem argumentum Alexandri corruit; quia licèt ob prohibitionem expreſſam teſtatoris, clara ſit eius voluntas, vt nec ex cauſa dotis & donationis res alienentur, tamen lex apertè ſtatuit dotis cauſſam, & donationis excipiendam eſſe.

Secundò, ex verbis ſupradictæ Nouellæ quæ retulimus, manifeſtum euadit, teſtatorem nequaquam poſſe, etſi maximè velit, dotis cauſſam, & donationis, generali reſtitutione includere, ſed eas cauſſas cogitur excipere: *Nihil in illis reſtitutione valente*, inquit textus. Conſequenter argumentum Couuarr. tollitur: Etſi enim pater legitimam filijs portionem relinquat; non tamen poteſt reliqua bona reſtitutioni ſubijcere, ſed præter legitimam, excipere debet quantum præterea pro dote & donatione neceſſarium eſt: [*Deinde ex reliqua ſubſtantia parte*, inquit textus, *ſi non ſuffecerit legitima pars ad dotis, aut antenuptialis donationis oblationem; honeſtè, & ſecundùm perſonarum qualitatem & merita excipere, etiam hoc ad reſtitutionem.*] Quibus verbis patet, etiam legitima portione filijs relicta, adhuc tamen patri neceſſitatem incumbere, tantùm ex bonis ſuis de reſtitutionis onere excipiendi, quantum requiritur ad dotem vel donationem pro dignitate conſtituendam, quod gratis negabat Couuarr. *loco annotato*. Quare, maneat hæc concluſio, ex cauſſa dotis & donationis propter nuptias, bona fideicommiſſo ſubiecta, alienari poſſe, non obſtante teſtatoris prohibitione.

CAPVT XLIX.

Ex prohibitione alienationis ea clauſula adiecta: Quia teſtator voluit bona conſeruari in agnatione & familia, inducaturne abſolutum fideicommiſſum, ac ſimplex; an verò in caſu alienationis duntaxat.

CELEBRIS eſt controuerſia, & olim, & nunc ſæpè agitata: Teſtator prohibet aliqua bona alienari ab hærede, adiecta ratione, quia vult ea conſeruari in familia, vtrum inducatur abſolutum ac ſimplex fideicommiſſum, an verò in caſum alienationis tantùm. Et hac de re tres ſunt diuerſæ Doctorum ſententiæ. Vna fideicommiſſum abſolutum ac ſimplex induci; Altera non induci ſimplex abſolutumque fideicommiſſum; ſed in caſum alienationis duntaxat. Tertia, diſtinctionem eſſe adhibendam. Nam ſi prohitio alienationis valeat, & non ſit nudum teſtatoris præceptum, ſed contemplatione certæ perſonæ, vel cauſſæ factum, tunc ex ea clauſula adiecta, *Quia voluit, &c.* abſolutum inducatur fideicommiſſum, vtputa, ſi teſtator alienationem prohibeat extra familiam: ex eo enim apparet eum rationem habuiſſe familiæ ſuæ, vt bona tranſirent ad ſuos. Si verò nudum ſit præceptum, & non valeat, tunc ex clauſula ſubſequente, *Quia voluit, &cat.* fideicommiſſum inducatur in caſum alienationis duntaxat. Autores ſingularum opinionum recenſere ſuperſedeo. *Vide Cacheranum deciſ. Senatus Pedemontani* 50. *aliàs* 49. *dominum meum Cephalum in conſil.* 27. *numer.* 22. *lib.* 1. *Hyppol. Riminald. in conſil.* 147. *in primo dub. lib.* 2. *Menoch. in conſil.* 85. *numer.* 103. *&* 104. *lib.* 1 *Bolognetum in conſil.* 15. *numer.* 54. *Burſatum in conſil.* 156. *numer.* 35. *& num.* 62. *& conſil.* 195. *numer.* 5 *lib.* 2. *Franc. Vegium in conſil.* 66. *numer.* 10. *& conſil.* 74 *à num.* 326. *vſque ad numer.* 503. *& nouiſſimè Petrum Anton. Petram, in commentarijs de fideicommiſſis ex prohibitione alienationis.*

Primę opinionis fundamentum eſt; quia fideicommiſſum inducitur quibuſcunque verbis, ſi modò ex eis voluntas teſtatoris colligatur, *vt in l. penult. de leg.* 1. *l. cùm proponeretur, de leg.* 2. *l. cùm virum, C. de fideicommiſſ. l.*

Pamphilo, de leg. 3. l. fideicommiſſa. §. hac verba. eod. tit. l. Coduill. §. Matre, de leg. 2. cum alijs ſimil. Sed ex verbis illis, quibus teſtator declarat ſe velle, vt bona conſeruentur in agnatione & familia, voluntas teſtantis colligitur: neque enim bona conſeruari poſſunt in familia, niſi fideicommiſſum inducatur: per quod ad eos, qui ſunt in familia, perueniant, ergo fideicommiſſum ſimplex & abſolutum inducitur tam in caſu mortis, quam alienationis.

Secundæ opinionis fundamentum eſt: quia prohibitio alienationis facta ſine cauſa, non valet, *l. filiusfamil. §. Diui, de leg. 1.* Ideò vt valeat, illa clauſula adijcitur à teſtatore; quia vult bona ſua in familia conſeruari, &c. Conſequenter, talis clauſula hoc tantùm operatur, vt prohibitio valeat: & ſi res alienentur, actio illis competat, qui ſunt in familia, non autem ſimplex & abſolutum fideicommiſſum inducatur.

Confirmatur hoc ex l. peto. §. fratre, de leg. 2. vbi textus ita dicit: [*Fratre harede instituto, petit ne domus alienaretur, ſed vt in familia relinqueretur. Si non paruerit heres voluntati, ſed domum alienauerit, vel extero herede inſtituto deceſſerit, omnes fideicommiſſum petent, qui in familia fuerunt.*]

Ergo, ſi hæres non alienauerit, vel hæredem extraneum non inſtituerit, fideicommiſſo locus non erit. Conſequenter, in caſum alienationis tantùm inducitur fideicommiſſum, non etiam in caſu mortis.

Tertiæ opinionis fundamentum illud eſt; quia cùm prohibitio nuda eſt, & non valet abſque illa cauſa adiecta, tunc cauſa, quæ adijcitur, robur illi affert, vt valeat; & ideò non poteſt alium præterea effectum producere, & ſic fideicommiſſum inducere. Sed cùm prohibitio per ſe valet, tunc ne cauſa illa adiecta; [*Quia vult bona conſeruari in familia, &c.*] Fruſtra adiecta eſſe videatur, & prorſus ſuperflua exiſtat, inducit ſimplex, abſolutumque fideicommiſſum.

Ego ſanè in priorem ſententiam longè ſum procliuior. Nam teſtator alienationem prohibens, & illam cauſam adijciens, duo facit; primum alienationem ipſam confirmat, & validam efficit, deinde declarat ſuam voluntatem: nempè, eam eſſe, vt bona in familia conſeruentur; Si teſtator ſimpliciter dicat, ſe velle, vt bona ſua in familiā conſeruentur, vel familiæ bona relinquat; nemini dubium eſſe poteſt, quin fideicommiſſum inducatur inter illos qui ſunt in familia. Cur ergo non idem ſit dicendum in propoſita facti ſpecie? Nonne hic eſt verborum teſtatoris ſenſus clarus, manifeſtus? At hoc teſtator dixit, vt validam efficeret prohibitionem. Quid tum? valida fiet illis verbis prohibitio, ſed & prętereа, nihil vetat fideicommiſſum induci. Neque enim aut verborum natura, aut legis conſtitutio impedimento eſſe poteſt teſtatori, quo minus eodem tempore, duo hæc diſponat; prohibeat bona alienari, & ſimul fideicommiſſum inter eos, qui in familia ſunt, inducat. Quare illud argumentum videtur mihi non eſſe admodum forte, quo dicebatur eam clauſulam efficere, vt valeat prohibitio, & ideò non efficere, vt fideicommiſſum inducatur. Hanc nego ſequelam, poteſt enim vtrumque facere, ſi verba l. vtrumque importent, & lex non prohibeat. At nulla lex prohibet, & verba manifeſtè habent illum ſenſum; ergo nihil proponitur, cur fideicommiſſum non inducatur ſimplex, & abſolutum.

Ad textum in l. peto, §. fratre, reſpondeo, non poſſe ita ſumi argumentum à contrario ſenſu; quia in ea facti ſpecie, ſi frater non inſtituiſſet hæredem extraneum, ſed inſtituiſſet eos hæredes qui erant in familia, nulla fuiſſet ratio dubitandi, quin ad eos qui erant in familia, bona pertinuiſſent. Similiter etiam, ſi inteſtatus deceſſiſſet, ſine dubio tunc ſucceſſiſſent, qui erant in familia. Ratio dubitandi, & quæſtionem proponendi erat in eo caſu, quo extraneum hæredem inſtitueret, & Iuriſconſultus reſpondit, eos, qui in familia ſunt, fideicommiſſum petituros. Quare in ea ſpecie non ea valet argumentatio: Ergo, ſi extraneum non feciſſet hæredem, non eſſet locus fideicommiſſo; quin imò locus

locus eſſet, multo magis, & citra vllam dubitationem, ſi eos, qui in familia erant, ex teſtamento, vel ab inteſtato hæredes reliquiſſet; ſed de eo caſu non eſt locutus Iuriſconſultus, quia nulla fuiſſet dubitatio, nulla quæſtio accidere potuiſſet, nullum enim aduerſarium habuiſſent illi, qui in familia erant. Nam teſtator mandauit fundum in familia relinqui, & hæres illum reliquiſſet.

CAPVT L.

Vtrum ex prohibitione alienationis à teſtatore facta, fideicommiſſo bona ſubijciente, agnatus ex fideicommiſſo vocatis, actio competat contra fiſcum, in quem bona ob grauati delictum translata ſunt, non expectata morte naturali ipſius grauati.

TEſtator bona fideicommiſſo ſubiecit in fauorem agnatorum, eaque alienari prohibuit: Hæres delictum perpetrauit, propter quod confiſcata ſunt bona; vtrum agnatis ſtatim antequam hæres grauatus moriatur, liceat bona à fiſco vindicare non eſt eadem omnium ſententia. Etenim, ante grauati delinquentis mortē vindicare non poſſe, reſponderunt Paul. Caſtrenſ. Alciatus & Ruinus, *ad l. filiusfamilias. §. diui, de leg. 1. vbi teſtantur eiuſdem ſententiæ Oldradum fuiſſe, in conſil. 17. & Roman. in l. ſi conſtante, §. vlt. ff. ſolu. matrim. & idem Alciatus hanc ſententiam communem eſſe dicit, in conſ. 783. num. 1.*

Argumenta vero ſunt iſta. Primum eſt ex d. l. *filiusfam. §. Diui, de leg. 1.* vbi Martianus ait prohibitionem alienationis à teſtatore factam, contemplatione certæ perſonæ validam eſſe, ſed eam neque creditoribus, neque fiſco fraudi eſſe: [*Quod ſi* (inquit text.) *libertis aut poſteris, aut libertis, aut hæredibus, aut aliis quibuſdam perſonis coniunctis, eiuſmodi voluntatem ſignificarent, eam ſeruandam eſſe: ſed hæc neque creditoribus, neque fiſco fraudi eſſe.*]

Nec valet expoſitio Accurſij, ſecundum Alciatum, illa verba, *neque fiſco fraudi eſſe*, referentis ad cauſſam tributorum, vel aliam ob quam fiſcus eſſet creditor, quia ſub illis verbis, *neque creditoribus*, omnes creditores continebantur, tam ex cauſſa onéroſa, quam etiam lucratiua, *l. creditores. ff. de verborum ſignific.* conſequenter illa verba, *neque fiſco fraudi eſſe*, alium ſenſum habere debent, vt nempe, nullum fiat præiudicium fiſco, ſi alienare prohibitus, delictum commiſerit, propter quod bona publicata fuerint.

Secundum argumentum eſt *ex l. peto. §. prædium, de leg. 2.* in illis verbis: [*Si non voluntaria facta ſit alienatio, ſed bona hæredis veneant, tamdiu retinere emptor debet, quamdiu venditor haberet bonis non venditis, &c.*] Cum autem bona publicantur ob delictum, ſine dubio voluntaria non eſt alienatio, ſed neceſſaria; quæ lex confiſcari mandat, ergo non ſtatim bona vindicari poſſunt, ſed mors grauati expectanda eſt.

Tertium argumentum eſt; quia licet bona extra certum genus perſonarum alienari prohibeantur, legitimus tamen ſucceſſor etiam extraneus illa conſequi poteſt, *l. cum pater. § cum inter, de legat. 2.* Ergo & fiſcus, qui eſt legitimus ſucceſſor eiuſmodi bona grauati obtinebit, non obſtante prohibitione: nec enim alienationis prohibitio de illa intelligi poteſt, quæ à lege fit, *argum. l. 2. ff. de rebus eorum, &c.*

Poſtremum argumentum eſt; quia vbi ſimpliciter ſunt bona reſtitutioni ſubiecta, tacite ineſt alienationis prohibitio, *Auth. Res quæ, C. commun. de legat.* & tamen ob delictum grauati confiſcantur, & donec hæres grauatus viuit, apud fiſcum manere debent, *l. cum pater. § hæreditatem, de leg. 2. l. Statius. §. Cornelio Felici. ff. de iure fiſci.* Ergo idem reſpondendum eſt, vbi expreſſa eſt alienationis prohibitio.

Sed contraria ſententia frequentioribus Doctorum ſuffragijs recepta eſt, nempe, ſtatim bona vindicari poſſe. *Ita docuerunt Bar. ad l. Imperator. ff. de fideicommiſſ. liber. Alex. in conſ. 23. lib. 1. Rum. in conſ. 23. lib. 5. Capolla in conſ. 58. Decius in conſ. 442. Iaſ. in d. l. filiusfam. § Diui, in 2. lect. n. 19. de leg. 1. Berous q. 41. nu. 5. 6. Rummald. ſen. in conſ. 243. lib. 2. Socin. iunior, in conſ. 77. nu. 15. lib. 2. & 49. lib. 3. Curtius iun. in conſ. 120. Grammat. deciſ. 105. nu. 31. Rolan. in conſil. 30. nu. 11. lib. 2. Clarus, § fi. quæſt. 78. verſ.*

item quæro. Plotus in conſ. 83. n. 96. Alba, in conſ. 7. nu. 17. Marcabrunus in conſ. 83. n. 169. Boſſius, qui dicit eam in praxi obſeruari, tit. de bonorum publicat. nu. 42.

Solet autem pro huius ſententiæ confirmatione adferri text. *in l. Imperator. ff. de fideicommiſſ. libert.* vbi cum Firmius Mutiano alias Titiano tragœdos tres legaſſet, & adiecisſet, [*quos tibi commendo, ne cui alij ſeruiant, publicatis bonis Titiani reſcriptum eſt, debere eos publice manumitti.*] Sed non videtur mihi hanc ſententiam euincere, quandoquidem de libertate loquitur. Quæſtio autem propoſita de fideicommiſſo pecuniario. Libertas vero facilius & præſtatur, quam, fideicommiſſum pecuniarium, quod vel ex eo patet, quia etiamſi non voluntaria ſit alienatio ſerui libertas tamen competit, *vt in l. rogo. ff. de fideicommiſſ. libert.* ſecus autem in fideicommiſſo pecuniario; quia, ſi non voluntaria ſit alienatio, vindicari non poſſunt bona ante mortem grauati, *vt in d. l. peto. §. prædium, de leg. 2. & declarat optime Cuiacius lib. 15. obſer. cap. 5.*

Probatur ergo ſententia communis eo argumento, quod cum bona alienari prohibentur, vt in familia relinquantur, ſi hæres non obedierit voluntati teſtatoris, & ſic alienauerit, omnes, qui ſunt in familia fideicommiſſum petent, *vt in d. l. peto, §. fratre, de leg. 2.* Quo in loco notandum eſt, hæredem non parere voluntati teſtatoris, ſi alienauerit, vel extero hærede inſtituto deceſſerit, vt ibi dicitur: quod ſi bona hæredis veneant, & ſic neceſſaria ſit alienatio ad ſoluendum æs alienum, aliter eſt conſtitutum, *vt in §. prædium*, quia non ipſe hæres dicitur alienare, ſed creditores ſunt in cauſa, vt res alienentur. Igitur eſt videndum, an, cum hæres delictum committit, cui pœna confiſcationis eſt conſtituta, dicatur alienatio voluntaria, necne: & puto voluntariam eſſe, quia delictum eſt voluntarium, ob quod ipſe videtur pœnæ ſe ſubiicere, *argum. l. Imperatores. ff. de iure fiſci, ibi ipſe te huic pœnæ ſubdidiſti, &c.*

Alia ratio eſt illius, cuius bona vendantur à creditoribus. Nam cum æs alienum contraheretur, non erat illa neceſſitas, res fideicommiſſo ſubiectas alienandi: aliunde enim ſperabat ſe creditoribus ſatisfacturum: ſed delicto commiſſo in conſequentiam venit pœna confiſcationis, vt proinde hæres alienare prohibitus, delinquendo cauſſam ipſemet alienationi dediſſe intelligatur.

Nec difficile eſt ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondere. Nam quod attinet ad textum *in d. l. filiusfam. §. Diui, de leg. 1.* verus ſenſus illorum verborum, *neque fiſco fraudi eſſe*, ille eſt, vt intelligantur de viceſima, quæ fiſco ſoluebatur pro hæreditatibus & legatis. Ne ſcilicet, prohibitio alienationis impedimento eſſe videatur, quo minus fiſcus viceſimam conſequatur. Non enim debet illa prohibitio fiſco nocere, *vt declarat optime Cuiacius lib. 9. Obſer. cap. 14.*

Ad text. in d. l. peto. §. prædium, reſpondeo, alienationem, quę ob delictum fit, eſſe potiùs volũtariam. Nam licet delicto perpetrato, neceſſario fiat confiſcatio l. ita diſponente, delictum tamen, quod eſt cauſſa eius, voluntarium eſt.

Ad text. in l. cum pater §. cum inter, reſpondetur, illum loqui de legitimo ſucceſſore, qui ab inteſtato ſuccedit ei, qui duntaxat prohibitus erat alienare: alia ratio eſt in fiſco: etſi enim ſit legitimus ſucceſſor, non tamen id præiudicare debet fideicommiſſario, qui vocatus eſt: quia teſtator bona vetuit alienari: & conſequenter etiam confiſcari. Et ſi valeret illa ratio de legitimo ſucceſſore, idem reſpondendum eſſet in qualibet alienatione facta ab hærede ex iuſta cauſſa, nempe, venditionis, vel donationis. Nam emptor quoque eſt legitimus ſucceſſor & donatarius.]

Ad vltimum argumentum reſpondeo, diuerſam eſſe rationem, ac diſcrimen latum inter fideicommiſſum ſimplex, & fideicommiſſum cum prohibitione alienationis. Cur enim res alienari prohibentur expreſſe, ea videtur eſſe voluntas teſtatoris, vt ſi alienentur, & ſic hæres non obediat eius præcepto, tunc bona vindicari poſſunt ab eis, qui ex fideicommiſſo vocati-

vocantur, *vt in d.l.peto.§.fratre,de leg.* Vt vbi ſimplex fideicommiſſum ordinatur, tunc niſi purum ſit, mors grauati, vel cõditio adiecta expectanda eſt; & tunc alienatio in irritũ deducitur, & bona vindicari poſſunt, *vt in l.penult.§.ſin autem ſub conditione. C. commu.de leg.* & hoc modo accipiendũ eſt quod dicitur bona reſtitutioni ſubiecta alienari non poſſe. Neque enim effectu, & vt ſic dixerim, irreuocabiliter alienari poſſunt. Nam veniente die vel cõditione, alienatio reuocatur, & bona vindicantur, antea vero non, *vt in d.§.ſin autem, ſub conditione.*

CAPVT LI.

Filij in conditione poſiti an cenſeantur vocati.

NObilis eſt controuerſia, quam nunc tractare aggredior, antiquorũ ac recentiorum commentariis illuſtrata, præcipue vero duorum noſtra tempeſtate præſtantiſſimorum Iuriſconſ. Franciſci Manticæ, *de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 2. & 3.* & Iacobi Menochij *de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 76.* Non ego actuarium agam, autores omnes & omnium dicta deſcribens, notoria ſunt enim hæc, quam vt mea indigeant elucidatione. Quid ipſe ſentiam paucis explicabo. Sententiæ meæ firmamentum pro viribus tuebor aduerſus impugnationes, & demum contrariæ ſententiæ argumenta confutabo.

Si igitur ex facto proponatur quempiam hæredi inſtituto onus adiunxiſſe, vt hæreditatem alteri reſtituat, ſi abſque liberis deceſſerit, ita interpretor hanc teſtatoris diſpoſitionem, vt tacite voluerit hæredis filios ad ſucceſſionem vocare, ac in eorum gratiam & fauorem, vt ipſis ſcilicet hæreditas obueniret conditionem illam adijcere, atque adeo ipſos in conditione poſitos filios vocatos videri. Pro cõfirmatione autem huius ſententiæ argumento vtor ex *l.Lucius.2.ff.de hæred. inſt.* vbi Scæuola de hac ipſa facti ſpecie verba faciens, ſcribit in hac verba: [*Nam prudens teſtatoris conſilium animaduertitur qui non ſolum fratrem ſuum prætulit ſubſtitutis, verum etiam liberos.*]

His verbis Scæuola reſpondit, etiam liberos prælatos fuiſſe ſubſtituto; at ſi vocati non eſſent, non poſſent videri eſſe prælati. Ergo ſunt vocati, & quidem ante ſubſtitutum.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores multis modis: & primo, liberos prælatos cenſeri non ex teſtamento, tãquam vocatos ab ipſo teſtatore, ſed ab inteſtato tacite.

Non recte. Nam, aut hoc intelligitur, vt ab inteſtato ſuccedant parenti ſuo, aut teſtatori. Non primum, quia oporteret in ea facti ſpecie patrem adiuiſſe hæreditatem, quia hæreditas non adita non tranſmittitur, *l.vnica.§.in nouiſſimo. C. de caduc. tollend.* quod tamen non fit, quia textus ita dicit: [*Quos eo amplius noluit hæredes eſſe, ſi frater priuſquam hæreditatem adierit, liberis relictis deceſſerit.*] Non ſecundum, quia oporteret filios natos eſſe, aut cõceptos tempore mortis teſtatoris: neque enim poſt mortem concepti ſuccedere poſſunt, *l.Titius.ff.de ſuis & legitim. hæred.* qua de re ibi Scæuola nullum verbum.

Secundo reſpondent in d.l.Lucius, non illud quæri, an filij in conditione poſiti cenſeantur vocati; ſed an ſubſtitutum excludant, & ideo dum textus dicit: [*Nam prudens conſilium teſtatoris animaduertitur, &c.*] non hoc vult, vt filij admittãtur ad ſucceſſionem; iam enim frater teſtatoris adiuerat hæreditatem, ſed vult, vt ſubſtitutum excludant.

Non eſt ſolida reſponſio, quia Iuriſconſulti verba faciunt, vt non ſolum colligamus ſubſtitutum excludi; ſed etiam filios vocari. Nam ſi tantum deberent filij ſubſtitutum excludere, aliis verbis vtendum erat, quam eis, quibus I.C. eſt vſus. Cum dixit; teſtatorem prætuliſſe ſubſtit. fratris liberos; Hic enim eſt ſenſus, vt magis ipſos liberos, quam ſubſtitutum hæreditatem obtinere teſtat. voluerit, quæ res facit, vt & ſubſtitutus excludatur, & liberi admittantur ad ſucceſſionem ex voluntate defuncti ac proinde, vt vocati eſſe dicantur.

Tertio

Tertio reſpondent in ea ſpecie, de qua Scæuola reſpondit, ſubſtitutionem vulgarem factam fuiſſe ſub illa conditione: Si frater hæres ante aditam hæreditatē prius deceſſiſſet, quam filium, filiamve habuiſſet. Quamobrem in ea ſpecie liberi non ſunt in conditione poſiti fauore fratris hæredis. Nam ſi ille ante aditam hæreditatem liberis extantibus deceſſiſſet, non potuiſſet de ea diſponere; & ideo neceſſe eſt affirmare filios ibi vocatos fuiſſe; At non recte infertur ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem generaliter, vt in quæſtione propoſita, alicui factam, ſi abſque liberis moriatur, vt hæreditatem alteri reſtituat, tunc enim non illa vrgebit ratio, vt filij intelligantur vocati.

Non obſtat hæc reſponſio; quia etiam *in d. l. Lucius.* Filij ſunt in conditione poſiti fauore hæredis, quem fauorem conſiderat Iuriſconſultus. Poterat enim in ea ſpecie obijci, ſubſtitutos admittendos eſſe, quia teſtator eos vocauit eueniente vna ex tribus conditionibus; Euenerat autem vltima, quia ante aditam hæreditatem hæres liberos non habeat. Contra ait Iuriſconſultus: [*Quia prudens teſtatoris conſilium animaduertitur.*] Si enim fratre mortuo, ſuperſtitibus liberis, ipſos liberos ſubſtitutis prætulit, multo magis credendum eſt voluiſſe ipſum præferre hæredem fratrem, ita, vt ipſe adeundo hæreditatem, ſubſtitutos excluderet.

Nunc argumenta contrariæ opinionis diluenda ſunt. Primum ex l. 1. C. de pactis, vbi patet liberos Philini in conditione poſitos reuocare non poſſe ſextantem hæreditatis Frontini datum, & tamen illum reuocare poſſent, ſi ex fideicommiſſo tacite vocati eſſent.

Omiſſis aliorum reſponſionibus, reſpondeo, non illud in ea lege quæri, an ſextans reuocari poſſit à filiis in conditione poſitis, eo nomine, quod ipſi ad hæreditatem ex fideicommiſſo tacite vocati eſſent; ſed illud quæritur; vtrum pactio iniqua fuerit, & ideo reſcindenda, cum Philinus liberos reliquerit, atque ita fideicommiſſi conditio euanuerit, & reſpondetur iniquam non fuiſſe pactionem; quia incertum erat eo tempore, quo inita fuit, vtrum ſuſcepturus eſſet Philinus, liberos necne. Verba legis hæc ſunt: [*Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conditione finitum eſt. Cum igitur verbis fideicommiſſi petitum à patre tuo profitearis, vt ſi vita ſine liberis decederet, hæreditatem Licinio Frontini reſtitueret, pactū eo tempore de ſextante Licinio Frontini dando, cū liberos Philinus non ſuſtulerat, interpoſitum non idcirco poteſt iniquum videri, quod facta ſunt placitis diuiſione diem ſuum te filio eius ſuperſtite defunctus eſt.*]

Vtrum filius tanquam vocatus ex fideicommiſſo alienatum ſextantem reuocare potuerit, non hic diſcutitur; quia multa potuiſſent adferri cur non poſſet, etiamſi vocatus cenſeretur. Etenim & pater ſuus quartam detrahere potuiſſet, & ipſe tanquam hæres patris eius factum impugnare non potuiſſet: ſed hoc non decidit ibi Imperator, ſed pactum iniquum non videri; quaſi ex falſa cauſa factum quia filius erat ſuperſtes, & ſic fideicommiſſi conditio defecerat. Sed quia incertum erat, an conditio euentura eſſet, ideo dicit Imperator non iniquum eſſe illud pactum.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod dicitur, quæ ſunt in conditione, non ſunt in diſpoſitione, *l. ſi quis ſub conditione. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti.* Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia; Nam ſi quis ſub conditione dandorum decem, alicui hæres fuerit inſtitutus, in poteſtate habet non dare, & ille non eſt legatarius; & ideo nihil petere poteſt, vt ibi dicitur; ſed hic filij ſunt in conditione poſiti, quos excludere non poteſt hæres, ſi naſcantur, quia ipſi ſunt à teſtatore vocati tacite, vt ſubſtituto præferantur.

Tertium argumentum eſt ex l. *ex facto.* §. *ex facto.* §. *ad Trebell.* vbi Vlpian. [*Ex facto tractatum memini. Rogauerat quaedam mulier filium ſuum, vt ſine liberis deceſſiſſet, reſtitueret hæreditatem patri ſuo. Is poſtea deportatus in inſulam liberos ſuſceperat; Quærebatur igitur an fideicommiſſi conditio defeciſſet. Nos igitur hoc di[illegible], cō[illegible]os quidem ante deportationem, licet poſtea edantur ſufficere, vt conditio efficiat: poſt deportationem vero ſuſceptos, quaſi ab alio, non prodeſſe. Maxime cū etiam*

iam bona cum ſua quodammodò cauſa fiſco ſint vindicanda.]

Reſpondeo, nihil ad rem noſtram pertinere, ſententia enim legis eſt: filios natos vel conceptos ante deportationem efficere, vt conditio fideicommiſſi deficiat: natos autem & ſimul conceptos poſt deportationem id non efficere, ſed expectandam tamen eſſe mortem grauati: & interim bona fiſco vindicanda cum ſua cauſſa, vt ſcilicet, poſt mortem grauati ea reſtituat patri, ſi conditio euenerit. Vtrum autem eiuſmodi filij cenſeantur vocati nec ne, non decidit *eo loco* Iuriſconſultus.

Quartum argumentum eſt ex l. generaliter, C. *de inſtit. & ſubſtit.* in verſ. [*Cui enim ſerendus eſt intellectus, ſi forſitan teſtamentum quidem non fecerit, poſteritatem autem habuerit propter huiuſmodi verborum anguſtias liberos eos omnipenè fructu paterno defraudari?*]

Reſpondeo, bona ibi fideicommiſſo ſubiecta fructum paternum appellari, quia prius relicta ſunt patri, & eius contemplatione tacitè etiam relicta filijs in conditione poſitis, *argument. l. ſed ſi plures. §. in arrogato. ff. de vulg.* Et quia bona ſemel patris fuerunt cùm hæreditatem adiuit, *iuxta l. 1. §. veteres, ff. de acquir. poſſeſſ.* non autem eam ob cauſam, quòd filius ea videatur à patre habere, & non ab auo.

Quintum argumentum eſt ex l. *poteſt*, *cum l. ſequenti, ff. de vulgar*, ait textus: [*Vel ſingulis liberis, vel ei, qui nouiſſimus morietur hæres ſubſtitui poteſt. Singulis, ſi neminem eorum inteſtatum decedere velit. Nouiſſimo, ſi ius legitimarum hæreditatum integrum inter eos cuſtodiri velit.*] Reſpondeo, nullum verbum hic de filijs in conditione poſitis nullumque argumentum, an cenſeantur vocati necne, ſumi poteſt. Quid enim cum filijs in conditione poſitis commune habet, quòd pater velit filios ſibi inuicem ſuccedere & tandem eorum nouiſſimè morienti alium ſubſtituerit?

Sextum argumentum eſt ex l. filiusfamil. §. *cùm quis, de leg. 1.* Martianus: [*Cùm quis rogatus erit, ſi ſine liberis deceſſerit, per fideicommiſſum reſtituere, conditio defeciſſe videbitur, ſi patri ſuperuixerint liberi, nec quæretur, an hæredes extiterint.*] Reſpondeo, non ibi illud decidi, filios ita in conditione poſitos vocatos non eſſe à teſtatore, ſed hoc deciditur, ſiue ſint hæredes patri ſuo, ſiue non ſint, efficere, vt deficiat conditio, quia ſufficit eos exiſtere, poſt mortem patris, nec illud etiam requiritur, vt ſint hæredes.

Septimum argumentum eſt ex l. *ſi quis eum. §. vltim. ff. de vulgar.* Pompon. [*Sed ſi ſecundum teſtamentum iſta fecerit pater, vt ſibi hæredem inſtituat; ſi viuo ſe filius decedat, poteſt dici non rumpi ſuperius teſtamentum, quia ſecundum non valet, in quo filius præteritus ſit.*]

Quibus verbis pater, filium, qui poſitus fuit in conditione non cenſeri inſtitutum hæredem. Reſpondeo, textum loqui de inſtitutione directa; illa enim, non præſumitur, *l. 1. ff. ſi Tab. teſtam. extabunt l. iubemus. C. de teſtam. l. hæredes palàm. ff. eod. tit.* nos verò agimus de fideicommiſſo, quod tacitè inducitur ex coniecturis, *l. cùm proponebatur, de leg. 2. cum ſimilibus.*

Octauum argumentum eſt ex l. *ſi quis ita hæres inſtituatur*; 82. *ff. de hæred. inſtitut.* Scæuola: [*Si quis ita hæres inſtituatur, ſi legitimus hæres vindicare nolit hæreditatem meam, puto deficere conditionem illo vindicante.*]

Quibus verbis non cenſetur hæres inſtitutus legitimus hæres, *vt ibi Gloſſ. notat.* Reſpondeo; argumentum procedere in directa inſtitutione, quæ ex coniecturis non inducitur, *vt ſuprà in præcedenti dictum eſt.*

Poſtremum argumentum. Hæc conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, adijcitur à teſtatore ad liberandum hæredem ab onere fideicommiſſi; & ad extinguendum ipſum fideicommiſſum, ergo ſi grauatus hæres decedat liberis relictis, illa conditio inducere non debet aliud fideicommiſſum in fauorem liberorum, quia inducta ad vnum effectum, non debent eius contrarium operari, *l. legata inutiliter, de leg.* 1. Et quod fauore inductum eſt, non debet in odium retorqueri, *l. quod fauore. C. de legibus.* Reſpondeo, non conſtare an illa conditio fuerit adiecta ob merum commodum & fauorem grauati; dicimus enim adiectam fuiſſe ad excludendum ſubſtitutum, & ad ipſos liberos inuitandos ad ſucceſſionem,

quæ res aliquo pacto fauorem continet grauati; quia non extraneo ſubſtituto hæreditatem reſtituit, ſed filijs ſuis, quod commune eſt parentum votum, *l. ſcripto. ff. vnde liberi.*

CAPVT LII.

Vtrum filij naturales in conditione poſiti, faciant deficere conditionem fideicommiſſi.

PERPERAM hæc res, cùm ſit iure noſtro clarè definita, in controuerſiam reuocatur. Autores multi ſunt; naturales filios vt conditio deficiat fideicommiſſi, non prodeſſe. Multi contra prodeſſe volunt; diſtinctione alij vtuntur, *vt latè ac diligenter refert, explicatque Iacobus Menochius de præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 78. Cùm tamen lex aperta ſit totam hanc diſputationem dirimens, hoc modo, vt filij quidem naturales, qui in ſeruitute nati ſunt, in figura tamen matrimonij faciant conditionem, qua de agitur, deficere, quia creditur & naturales liberos, id eſt, in ſeruitute ſuſceptos, appellatione filiorum contineri, *vt in l. Lucius, 90. §. vltim. de legat.* 2. Cæteri verò filij naturales, non ex legitimo, ſcilicet, matrimonio ſuſcepti, vtrum efficiant, vt conditio deficiat, voluntatis eſſe queſtionem; & hoc ex dignitate, & voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum eſſe, quam ſententiam ſe amplexam fuiſſe Menochius *vbi ſuprà* teſtatur, & veriſſima eſt. En legem claram; Vlpian. in l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad Trebellian. [*Si quis rogatus fuerit, vt ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat hæreditatem. Papinianus libro 8. Reſponſorum ſcribit, etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio, & in libertino eodemquè colliberto hæc ſcribit. Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæſtio videtur eſſe, de quibus liberis teſtator ſenſerit: ſed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum erit.*]

Vides Vlpianum ſecutum eſſe Papiniani ſententiam, quantum ad naturales liberos, qui in ſeruitute naſcuntur, de quibus intelliguntur verba illa: [*Et in libertino eodemquè colliberto, &c.*] In alijs autem naturalibus filijs non ita ſimpliciter ſententiam Papiniani amplexum, ſed voluntatis quæſtionem eſſe dicit, & ex dignitate, ac voluntate, &c. accipiendum id eſſe.

Sed reſpondet Valentin. Forſterus hanc quæſtionem tractans *in commentarijs de Succeſſionibus ab inteſtato, pag.* 160. Cùm Vlpianus à Papiniano diſcrepet, præferendam eſſe Papiniani ſententiam ex Theodoſij Conſtitutione, & Valentiniani ad Senatum Vrbis, quæ Codici Theodoſiano inſerta eſt, & cuius verba refert illa inter cætera: [*Vbi autem diuerſæ ſententiæ proferuntur, potius numerus vincat autorum: vel ſi numerus æqualis ſit eius partis præcedet autoritas, in qua excellentis ingenij vir Papinianus emineat, qui vt ſingulos vincit, ita cedit duobus.*]

Sed meminiſſe oportebat doctiſſimum virum, eas leges ad cauſſarum deciſionem adferri non poſſe, quæ in Iuſtinianæo Codice non continentur, *l.* 1 §. *hanc igitur. C. de nouo Codice Iuſtin. confirmando*, Aliter ſtatuiſſe ipſum Iuſtinianum in l. 1. C. de veteri iure enucleando: [*Sed neque ex multitudine autorum*, inquit, *quod melius, & æquius eſt iudicatote; Cùm poſſit vnius forſitan, & deterioris ſententia, & multos & maiores aliqua in parte ſuperare. Et ideo ea, quæ antea in notis AEmilij Papiniani ex Vlpiano & Paulo, necnon & Martiano adſcripta ſunt, quæ antea nullam vim propter honorem ſplendidiſſimi Papiniani obtinebant, non ſtatim reſpuere, ſed ſi quid ex his ad repletionem Summi ingenij Papiniani laborum vel interpretationum neceſſarium eſſe perſpexeritis; & hoc ponere legis vicem obtinens non moremini: vt omnes qui relati fuerint in hunc Codicem prudentiſſimi viri habeant autoritatem, tanquam ſi eorum ſtudia ex Principalibus Conſtitutionibus profecta, & à noſtro diuino fuerint ore profuſa.*]

Porrò quæ ſint voluntatis coniecturæ, & quæ ex dignitate, & conditione eius qui fideicommiſit, iure peti poſſint, diligenter proſequitur *à notato in loco* Menochius, qui erit hac in re merito conſulendus, nos enim controuerſias duntaxat tractandas hic ſuſcepimus.

CAPVT

Capvt LIII.

Filij naturales Principis Reſcripto legitimati in conditione poſiti, an excludant ſubſtitutum.

COntrouertitur quoque an filij naturales, Principis Reſcripto legitimati, in conditione poſiti ſubſtitutum excludant, & negant Ioan. Calderin. *in conſil. 2. tit. Qui filij ſint legitimi.* Bald. *ad l. Lucius, 2. ff. de hered. inſtit. Salicet. in l. generaliter. §. cùm autem. C. de inſtitut. & ſubſtitut. Imola in l. ex facto. §. ſi quis rogatus. ff. ad Trebellian. Fulgoſius in conſ. 62. numer. 3. Barbatia in conſil. 27. colum. 19. lib. 2. Iaſon in l. ſi is qui pro emptore, numer. 263. ff. de vſucap. Decius in conſil. 284. numer. 12. alios refert Alexander ad l. generaliter. §. cùm autem. C. de inſtitut. & ſubſtitut. num. 2. & in conſil. 25. num. 2. & 67. num. 5. & 94. num. 3. lib. 1.*

Quibus adſtipulantur hæc argumenta. Primum, quia filium definimus, qui ex viro, & vxore naſcitur, *l. filium definimus. ff. de his qui ſui, vel alieni iuris ſunt.* Sed legitimatus non naſcitur ex viro, & vxore, ergo non dicitur filius, conſequenter non excludit ſubſtitutum.

Secundum argumentum. Legitimatus non eſt propriè legitimus, ſed ex quadam fictione, §. *filium verò, ibi. Velut ex quadam machinatione, in Authent. Quib. mod. nat. eff. ſui, & §. generaliter, ibi: Siue per quandam aliam machinationem, eod. tit.* Ergo de illo non poſſunt intelligi verba teſtatoris, quibus dicitur: [*Si deceſſerit abſque filijs legitimis, & naturalibus, &c.*] Verba enim propriè accipienda ſunt, non autem ſecundùm eiuſmodi fictionem, & machinationem, *argum. l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt.*

Tertium argumentum eſt, quia legitimatus non ſuccedit in feudo, ne præiudicium fiat agnatis, & alijs legitimis ſucceſſoribus, *vt in c. 1. §. naturales, ſi de feudo fuerit controu. inter vaſallum & agnatos.* Ergo nec ſuccedere debet in hæreditate, ne ſubſtitutis alijs præiudicium inferatur.

Cæterùm affirmant alij magis communiter Doctores, *vt videre licet ex Iacobo Menochio de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 79. & in conſil. 266. num. 20. lib. 3. ex Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 11. tit. 10.*

Fundamentum eſt, quia legitimatus eſt verè & propriè legitimus, *vt in Authent. quibus mod. nat. eff. ſui, ibi: Legitimi fierent. Et rurſus ibi: Ex naturalibus ad legitimos eleuare. Et in §. reliqui. ibi: Semel enim eos efficientes legitimos. Et in §. ſi quis ergo filios, ibi: Ad legitimum ius filios educere naturales, &c. Et ibi: Qui vult naturales filios ſuos reſtituere naturæ, & antiqua ingenuitati, & iuri legitimo.* Immò nihil differunt à legitimis, *vt in §. ſit igitur licentia, ibi: Nihil à legitimis differentes. quib. mod. nat. eff. legit. & in §. & quoniam variè, quib. mod. nat. eff. ſui; ibi: Nihil diſsimilis legitimis, &c.*

Ego ſanè hac in re putarem ita diſtinguendum, vt ſi quidem legitimi efficiantur filij naturales Principis reſcripto poſt fideicommiſſum iniunctum, eo in caſu nihil ſubſtituto præiudicare debeant, nullo modo eum excludant. Mouet me Conſtitutio Pij IIII. Extrauag. edita anno 1562. Kalendis Ianuarij, in qua Summus Pontifex omnes reuocat legitimationes, & legitimandi facultates in præiudicium vocatorum ex fideicommiſſo, teſtamento, & quauis alia diſpoſitione. Et quamuis illa locum habeat inter ſubiectos Pontifici Maximo, in temporalibus tamen ego exiſtimo illam Conſtitutionem ea ratione nixam, quæ generaliter locum habeat etiam in ditione Cæſarea, ac ſatis etiam indicaſſe Pontificem Maximum non eſſe iuri, non rationi conſentaneum, vt legitimatus excludat ſubſtitutum & alium ex teſtamento vocatum. Nam ſi id iuri conſentaneum eſſet, non erat contrarium ſtatuendum. Illam ergo rationem impuliſſe Summum Principem Eccleſiaſticum opinor; quia Reſcripta Principum ſic interpretari, & concedi debent, vt alijs iniuriam, detrimentum, præiudicium, non inferant, *l. 2. §. merito. §. ſi quis à Principe ff. ne quid in loco publico. c. quamuis, de Reſcript. lib. 6. l. nec filio, l. patrono. ff. de Natalib. reſtit.* Hęc ratio ex iure deſumpta locum habet in omni legitimatione, ita videlicet, vt interpretari debeat ne alijs præiudicium afferat.

Quod ſi proponatur legitimatos filios

aute fideicommiſſum iniunctum fuiſſe, tunc niſi contrariæ voluntatis coniecturæ ſuppetat, quas diligenter Menochius recenſet, *d. præſumpt.* 79. exiſtimarem ſubſtitutum excludi; quia legitimati filij dicuntur eſſe legitimi, & nihil à legitimis differre.

Nec obſtant argumenta contrariæ ſententiæ; quia primum locum obtinere poteſt, vbi non ſunt filij legitimati: tunc enim nec filij dici poſſunt, ſed cùm legitimati ſunt Principis Reſcripto, tunc & legitimi dicuntur, & filij; & nihil à filijs legitimis differentes.

Secundum verò argumentum nihil obſtat; quia in hac ſpecie locum habere non poteſt illa regula, de qua in argumento, cùm filius legitimatus non ſolùm ex Reſcripto Principis legitimus eſſe dicatur, verùm etiam hoc beneficium conſequatur, vt non differat à legitimo, & omnibus fruatur commodis, quibus fruuntur legitimi & naturales.

Tertium denique argumentum ſpecialiter procedit in feudorum ſucceſſione, de qua nobis ſermo non eſt, & ex qua non rectè infertur ad aliam materiam.

Capvt LIV.

Vtrum filij per ſubſequens matrimonium legitimati ſubſtitutum excludant, ſi conditio hæredi adſcripta ſic fuerit; ſi deceſſerit abſque liberis de vel ex legitimo matrimonio natis.

IN eadem materia controuerti ſolet: ſi teſtator eam adiecerit conditionem, ſi deceſſerit abſque liberis, de, vel ex legitimo matrimonio natis, an filij per ſubſequens matrimonium legitimati ſubſtitutum excludant. Et quoniam latè & diligenter explicatur hæc quæſtio argumentis, & autoritatibus hinc inde allatis à Mantica *de coniecturis vltimar. voluntat. lib.* 11. *tit.* 12. & à Iacob. Menoch. *de præſ. lib.* 4. *præſ.* 81. ego paucis indicabo, cui adhæream ſententiæ; tum fundamentum, quo ipſe nitar, & denique quid reſpondendum mihi videatur contrariæ ſententiæ argumentis.

Ego eorum ſententiam amplector, qui negant in hac propoſita ſpecie ſubſtitutum excludi. Fundamentum, quo nixus ſum; illud eſt; quia teſtator locutus eſt de filijs natis ex legitimo matrimonio, vt pater. Tales autem filij, vt maximè legitimi habeantur, *iuxta cap. tanta. qui filij ſint legitimi*, non tamen habentur pro natis ex legitimo matrimonio; ratio, quia lex facere poteſt, vt qui ob aliquam cauſam legitimus non eſt; habeatur tamen & reputetur legitimus (eſt enim hoc in legis poteſtate poſitum, cùm à lege dicatur legitimus) ſed facere non poteſt lex, vt qui natus non eſt ex legitimo matrimonio, habeatur & ſit tanquam ex legitimo matrimonio natus; hoc enim in facto, non in iure conſiſtit. Quare cùm ad factum hoc reſpexerit teſtator, mentione facta filiorum ex legitimo matrimonio natorum, non videntur huc pertinere filij, qui non ſunt nati ex legitimo matrimonio, licèt poſteà contractum fuerit matrimonium, & ex eo ipſi legitimi effecti fuerint.

Argumenta verò contrariæ ſententiæ non obſtant. Primum adfertur cap. cùm in cunctis, de election. vbi dicitur Epiſcopum ex legitimo matrimonio natum eſſe oportere, & tamen is, qui natus eſt, antequam contraheretur matrimonium, Epiſcopus eſſe poteſt, matrimonio poſteà contracto, *vt notat Gloſſ. in cap. innotuit, in verſicul. coniugata, eodem titul.* Reſpondeo, Gloſſam hoc docere autoritate text. *in c. tanta, qui filij ſunt legit.* qui textus non probat, nec dicit filios habendos eſſe pro natis ex legitimo matrimonio, ſed pro legitimis: [*Tanta eſt vis matrimonij* (inquit textus) *vt qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur.*]

Secundum argumentum eſt; quoniam legitimati per ſubſequens matrimonium, videntur eſſe nati ex legitimo matrimonio, lex enim præſumit ab initio contractum fuiſſe inter parentes, *L. cùm quis, verſiculo, neque enim, C. de naturalibus liberis*, cuius verba hæc ſunt: [*Neque enim verisimile eſt eum, qui poſteà vel donationem, vel dotem conſcripſe-*

ſcripſerit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuiſſe, quæ eam dignam eſſe vxoris nomine faciebat.]

Reſpondeo, hoc textu non probari propoſitionem in argumento aſſumptam, ſed hoc tantum, patrem habuiſſe circa mulierem affectionem, vt eam vellet vxorem habere, prout poſtea habuit: ac proinde tam filios antea, quam poſtea procreatos ſuccedere debere. Sed hoc non pertinet ad quæſtionem noſtram: Primo, quia non hic quærimus, quæ fuerit patris affectio erga vxorem, & matrem liberorum ante matrimonium procreatorum, ſed quæ fuerit voluntas teſtatoris, qui fideicommiſſum ſub ea conditione iniunxit. Deinde, quia non rectè infertur, habuit affectionē, ergo ab initio eam duxit in vxorem, & ſic matrimonium fuit ab initio contractum. Contrahitur enim matrimonium non ſola contrahendi affectione, ſed re ipſa, mutuo videlicet coniugum intercedente conſenſu.

Tertium argumentum eſt, quia filij ſic legitimati ſuccedunt in feudo, quod conceſſum eſt, pro filiis legitimis, & naturalibus, & de legitimo matrimonio natis, vt tradunt Iſernia, Præpoſ. Abbas, Afflict. Iaſ. & alij multi à Menochio citati *in conſ. 227. num. 17. & 18. lib. 3. Clarus, §. feudum, quæſt. 83. verſ. ſed quid ſi ſit feudum.* Ergo etiam in quæſtione noſtra ſuccedere debent, & ſubſtitutum excludere.

Reſpondeo, negando conſequens, & etiam antecedens: Nam etiam in feudo contrarium docuere Baldus, Aluarot. Alexan. Barbatus, Luc. de Penna, Curtius ſenior. Ruin. Curtius iun. Natta, Gozad. Róland. & alij, quos citat Mantica *loco proximè citato, num. 22.*

Quartum & poſtremum argumentum eſt; quia in Statutis appellationē filiorum ex legitimo matrimonio procreatorum veniunt etiam legitimati, per ſubſequens matrimonium, *vt latè adductis autoritatibus docet Menochius in conſilio 227. numer. 33. libro 3.* Ergo idem eſt in diſpoſitione teſtatoris.

Reſpondeo contrarium, quod attinet ad ſtatuta, docuiſſe poſt multos alios, quos commemorat, Manticam, *vbi ſupra, numero 23.*

Caput LV.

Subſtitutum an excludant filij per ſubſequens matrimonium legitimati in articulo mortis contractum.

Inter omnes conſtat filios in conditione poſitos, ſubſtitutum excludere, quoties per ſubſequens matrimonium legitimi efficiuntur, nec verba teſtatoris hoc exigunt, vt ex legitimo matrimonio nati ſint. Cæterum illud eſt non parum controuerſum ac dubium; vtrum hæc ſententia locum habeat, ſi matrimonium à grauato fuerit in mortis articulo contractum. Et locum non habere Angelus reſpondit: ideoque ſubſtitutum eo in caſu non excludi, *in l. ſed eſt quæſitum, ff. de liber. & poſthum. & in l. nuper. numero 3. C. de natural. liber. Ruin. in conſil. 211. numero 7. & 8. lib. 1. & 46. numero 8. libro 2. & 163. numero 7. libro 3. Curtius iun. in conſil. 26. numero 9. Celſus Vgo in conſil. 73. num. 32. Barbatia in conſ. 18. colum. 7. lib. 2. Tiraq. ad l. ſi vnquam, verſ. ſuſceperit liberos, num. 74. C. de reuoc. donat. Alciat. in conſ. 616. nu. 4. Mantua. in conſ. 38. num. 14. lib. 2. D. meus Cephal. in conſ. 239. n. 10. lib. 2.*

Contrarium docuerunt Cynus, Ioan. Andr. Bald. Butr. Imola & Alexand. *à Ruino citati in conſ. 78. nu. 7. lib. 3. Pariſ. in conſ. 13. nu. 68. & 14. num. 35. lib. 1. Berous in c. in præſentia, num. 204. de probat. Couar. in Epitome de Sponſalib. parte 2. cap. 8. §. 2. num. 2. Hieronymus Gabrielius in conſ. 24. nu. 3. lib. 1. Franciſcus Sarmientus lib. 1. Selectar. Interp. c. 6. nu. 8. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 81. num. 28. verſic. Cæterum, & Mantica de coniecturis vltim. volunt. lib. 11. tit. 13.*

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt in eo, quod, vbi matrimonium in articulo mortis contrahitur, præſumitur id fieri in fraudem ſubſtituti, *argum. l. filia mea. ff. ſolut. matr.* & ideo non debet ei præiudicare, *argument. text. in c. de his, de ſepul.* ſic & confeſſio inter viuos facta probat con-

tra confitentem, & cõſequenter etiam contra eius hæredem, *l. generaliter, C. de non nu. pecun.* Cæterum, in articulo mortis facta non probat, niſi ſit iurata, *Auth. Quod obtinet C. de probationib.*

Fundamentum vero contrariæ ſententiæ eſt. Nam cum inter omnes conſtet matrimonium in articulo mortis contrahi poſſe, *vt tradit Mantica loco annotato poſt nu. 2.* Nullus videtur dolo facere, qui ſuo iure vtitur, *l. nullus videtur, de regulis iuris.* & ſic non videtur præſumendus dolus, qui & alias etiam non præſumitur, *l. dolum, C. de dolo.*

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur, & confirmari poteſt eo argumento, quod, vbi quis aliquid agit, ex quo alteri præiudicium infertur, non tamen eam ob cauſam tenetur, ſi præcipua eius intentio fuit, vt ſibi prodeſſet, & commodaret, *l. fluminum, §. vltim. ff. de damno infect.* Hinc dicimus opus ad æmulationem factum nõ præſumi, ſed potius quem vti iure ſuo. *Menochius de Arbitr. iud. caſu 156. nu. 8. Maſcar. de Probat. volum. 2. concluſ. 620. in princ.* Cum ergo aliquis æger matrimonium contrahit, videri poteſt ſpe conualeſcendi illud contrahere, & ſui commodi gratia, non autem in fraudem alterius, & ſic vt ſubſtituto noceat.

Et ad l. filiæ meæ, reſponderi poteſt, in ea ſpecie maritum in fraudem patris diuortium feciſſe, vt dotem non haberet, quam filia mortua habiturus eſſet, id patet ex illis verbis textus: [*Vir in hoc repudium miſit, vt mortua ea dotem potius heredibus eius, quam mihi redderet.*]

Ad c. de his, de ſepult. reſponderi poteſt; etiam omni fraude ceſſante in ea ſpecie Canonicam portionem deberi Eccleſiæ, à qua ſuſcepti ſunt, qui ad religionem tranſeunt, quia non poteſt ei auferri, & ideo notat ibi Gloſſ. aliquando fieri quidpiam licere in vita, quod non licet in morte, vt patet; quia pater poteſt omnia ſua bona in vita conſumere, in morte vero non poteſt filios priuare legitima portione. Alia ratio eſt in propoſita quæſtione; nam is qui matrimonium contrahit, non aufert bona fideicommiſſo ſubiecta ſubſtituto, ſed facit, vt filij legitimi efficiantur; & per conſequens, vt conditio deficiat à teſtatore adiecta.

Quamobrem ſubſtitutus non hæredis grauati facto; quia is vtitur iure ſuo, ſed ob conditionem à teſtatore adiectam hæreditate priuatur; quod vero ne confeſſione dicebatur, non probare niſi ſit iurata, locum habet, vbi confeſſio in teſtamẽto facta eſt, quia teſtamentũ fit ad diſponendum principaliter, non autem ad probandum: ideo teſtator videtur confiteri potius, vt donet & leget, quam vt probationem inducat, niſi iuramentum adhibeat: tunc enim eſt perinde, ac ſi diceret, velle ſe ea omni, quo fieri poteſt, modo locum habere, *vt explicat Bart. in l. cum quis decedentem, §. Codicillis, de leg. 3.* Hæc autem res nihil cum materia, qua de agitur, commune habet.

Capvt LVI.

Poſſitne teſtator expreſſe Monaſterium, vel Eccleſiam excludere ab hereditate, ſi heres inſtitutus factus fuerit Monachus & proximiores vocare, ac ſubſtituere.

Teſtator ita diſpoſuit: Si filius meus, vel alius hæres inſtitutus factus fuerit Monachus, nolo vt Monaſterium, ſiue Eccleſia ſuccedat; ſed proximiores agnatos ſubſtituo. Controuerſia eſt an iure conſiſtat ea conditio, quæ Monaſterium, ſiue Eccleſiam excludit. Tractat hanc rem fuſe allatis hinc inde autoritatibus Doctorum Iac. Menoch. *de præſump. lib. 4. tom. 1. præſump. 83.* Argumenta etiam vtriuſque ſententiæ tam affirmantis quam negãtis recenſet, vt meritò omnis labor noſter in illis huc adferendis ſuperuacaneus videri poſſit, quare ſententiam noſtram adſcribemus. Tum fundamentum eius, & contraria argumenta diluemus.

Exiſtimo eam conditionem, quæ Monaſterium ſiue Eccleſiam excludit, non valere, & pro non ſcripta habendam eſſe. Fundamentum ſtatuo in Nouell. 123. §. ſed &

hoc

hoc præſenti eius verba, interprete Holoándro, hæc ſunt: [*Si quis ſub conditione nuptiarũ aut ſuſceptorum filiorũ, vel dotis, aut nuptialis donationis gratia, vel donauerit, vel reliquerit filiis ſuis, aut cuicunq; alij perſonæ, vel hæreditatem, vel legatum: aut ſi initio pure ipſis relinquat, poſtea ſub vna aliqua memoratarũ conditionum ſubſtitutione, aut reſtitutione eos prægrauet, iubemus, vt ſi mares, aut fœminæ, qui talibus conditionibus obnoxij ſunt, Monaſterium ingrediantur, aut Clerici Diaconiſſaue, aut Aſcetriæ fiant, iſtiuſmodi conditiones inualidæ, & pro non ſcriptis ſint, &c.*]

His verbis hoc vult Imperator (quod ad rem noſtram attinet) vt ſi hæres fuerit inſtitutus pure, deinde grauatus reſtituere ſub conditione, ſi liberos non procreauerit; vel, ſi abſq; liberis deceſſerit, & monaſterium ingrediatur, tunc ſubſtitutio ſub ea conditione facta inualida exiſtat, & pro non ſcripta habeatur.

Hic igitur perpendo Monaſterium ſuccedere, & nequaquam excludi, licet contraria ſit voluntas teſtatoris, quod probatur. Nam hoc teſtator vult, vt ſi hæres inſtitutus abſque liberis moriatur, ſuccedat ſubſtitutus: Sed hæres ingrediens Monaſterium abſque liberis moritur. Ergo teſtator vult, vt hoc caſu ſubſtitutus ſuccedat, non autem Monaſterium: neque enim Monaſterium loco filij habetur, & vt maxime haberetur, eſſet filius non verus, ſed fictitius, qui proinde ſubſtitutum non excluderet: Id autem ita conſtitutum eſt à Iuſtiniano, vt religionem & Eccleſiam hoc ſpeciali fauore ornaret; [*Niſi*, vt ipſe Iuſtinianus ſubdit, *in redemptionem captiuorum, aut egentium alimenta ſub prædictis conditionibus ſubſtitutio, vel reſtitutio fiat.*]

Cum igitur in ea ſpecie, de qua Imperator loquitur, voluntas teſtatoris manifeſte repugnet, & nihilominus Monaſterium & Eccleſia non excludatur, & hoc in honorem ac fauorem Eccleſiæ; Idem profecto reſpondendum videtur etiamſi voluntas teſtatoris expreſſa Monaſterium & Eccleſiam excludat. Eſt enim eadem ratio vtroque in caſu, & parum videtur referre, expreſſis verbis conſtet de teſtatoris voluntate, an talibus, ex quibus eadem manifeſte deprehendatur, & cognoſcatur; præſertim vero in eiuſmodi conditionibus, & fideicommiſſariis ſubſtitutionibus.

Quamobrem id probare non poſſum, quod reſpondent contrariæ ſententiæ autores apud Menochium, *loco ſupra annotato, numer. 16.* Iuſtinianum inualidare eam conditionem ex præſumpta mente, & voluntate teſtatoris, non autem contra voluntatem. Nam quando teſtator ſubſtituit ſub conditione ſimplici, ſi deceſſerit ſine liberis, non apparet, an cogitauerit de ingreſſu Religionis, vel non; quamobrem hoc in caſu Iuſtinianus ſtatuit, fauore religionis conditionem haberi pro non ſcripta, habita coniectura, quod ſi teſtator cogitaſſet de Religionis ingreſſu, non ſubſtituiſſet.

Non mihi hæc vllo pacto probari poſſunt; quia nulla eſt clarior teſtatoris voluntatis coniectura, quam quæ ex verbis apparet. Ex verbis autem apparet eum ſubſtituere, ſi hæres ſine liberis deceſſerit: Ergo ſi Monaſterium hæres ingrediatur, & ſic decedat abſque liberis, ea eſt voluntas, vt ſubſtitutus ſuccedat, non autem vt Monaſterium: Et ſi teſtator de Monaſterij ingreſſu cogitaſſet, ſine dubio ſubſtituiſſet, vt vel ſuæ agnationi proſpiceret, vel deſcendentibus, vel aliis, quos charos habuiſſe eos ſubſtituendo videtur. Itaque non teſtatoris voluntate ratio legis nititur, ſed ſingulari fauore, quo Religionis, & Eccleſiæ iura proſecutus eſt Iuſtinianus.

Nunc argumenta contrariæ ſententiæ diluenda. Primum, quia teſtatori permiſſum eſt de rebus ſuis pro ſuo arbitrio diſponere, *l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ. & leg. xij. Tabul. cautum: Vti quiſq; legaſſit ita ius eſto, l. verbis legis. ff. de verb. ſign.*

Reſpondeo, generalem illam facultatem reſtrictam eſſe multis modis; ſed (quod ad rem attinet) vt non habeat locum in ſpecie, qua de agitur, id patet ex Nouella ſupradicta 123. vbi Iuſtinia. infirmat, & pro non ſcripta habendam eſſe decernit teſtantis diſpoſitionem, vt patet.

Secun-

Secundum argumentum: Nemo inuitus cogitur benefacere, *C. de Iudæis. 45. diſtinct. cap. vltim. 22. q. 5.* Ergo nemo cogi poteſt ita diſponere, vt bona ſua acquirantur Monaſterio vel Eccleſiæ.

Reſpondeo, hic teſtatorem non cogi, vt Monaſterio vel Eccleſiæ relinquat, relinquit enim teſtator hæredi: Is vero ingreſſus Monaſterium omnia ſua bona Eccleſiæ offert, quam oblationem & acquiſitionem ex ea teſtantis voluntate impediri non poſſe, merito Iuſtinianus, religionis fautor maximus, decreuit.

Tertium argumentum eſt ex l. Deo nobis, C. de epiſc. & cler. vbi conſtitutum eſt, patri permiſſum eſſe, ne aliquid relinquat filio profeſſo vltra eius legitimam. Ergo in eo, quod legitimam excedit, poterit quocunque modo ſubſtituere.

Reſpondeo, hoc argumentum ante Nouellam ſupradictam 123. locum ſibi potuiſſe vindicare. Sed iam non poteſt, quia ſubſtituendi facultatem liberam, quantum ad eam ſpeciem, de qua agitur, Iuſtiniani Conſtitutio ademit.

Quartum argumentum: Teſtator poteſt rebus ſuis adiicere hanc conditionem, vt apud Eccleſiam non maneant, niſi modum & conditionem ſeruet, *cap. verum, de condit. appoſ.*

Reſpondeo, nihil hoc commune habere cum re noſtra. Hæc eſſe diſſimilia, vt patet, & diuerſam habere rationem;

Capvt LVII.

Vtrum hæc conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, intelligenda ſit tam de maſculis, quam de fœminis in ea facti ſpecie, qua teſtator propria filia in re certa inſtituta, & filio hærede vniuerſali agnatum ſubſtituit.

TEſtator filia in re certa inſtituta, hæredem filium ex aſſe inſtituit, & eidem abſque filiis decedenti agnatum ſubſtituit. Filius deceſſit ſuperſtite filia nepte teſtatoris, Vtrum neptis ſuccedat quaſi conditio defecerit: an vero ſubſtitutus. Inſignis controuerſia eſt. Pro nepte reſponderunt Collegia Bononienſium Doctorum, Peruſinorum & Auenionenſium, *teſte Paulo Caſtrenſ. in conſil. 409. lib. 2.* Rota Florentina, & Bononienſis, *teſte Marzario in Epitome de fideicommiſſ. quæſt. 21.* & nouiſſime Senatus Pedemontanus *apud Ant. Teſſaurum, deciſ. 188.* & præterea 28. Doctores, *quos commemorat Menoch. in conſ. 95. numer. 24. lib. 1. & alÿ, quos citat in conſ. 150. num. 24. lib. 2. & quos citat D. Teſſaur. vbi ſupra.*

Pro ſubſtituto reſponderunt Collegium Florentinum, Aduocati Conſiſtoriales Romæ, & Rota Romana, *vt per Marzar. vbi ſupr.* & præterea quinquaginta tres Doctores, *quos citat Menoch. d. conſ. 95. nu. 90. lib. 1. quibus alios adiunxit in conſ. 150. nu. 54. lib. 2. & 204. n. 16. lib. 3. & de præſumpt. lib. 4. tom. 1. præſumpt. 85. num. 8.*

Argumenta tam pro nepte, quam pro ſubſtituto, ſi recenſere vellem, actum ſane agerem. Nam Menoch. anteuertit, *in conſiliis annotatis.* ea dilucide, diſerteque tractans, iudicium potius qualecunque interponam meum.

Pro ſubſtituto pugnat primo verborum propria ſignificatio. Nam filiorum appellatione proprie non continetur filia ſecundum veriorem, & communiorem ſententiam, *vt nouiſſime demonſtrat Rota Romana deciſ. 125. n. 6. part. 2. in nouiſſimis deciſ.*

Secundo, coniectura voluntatis defuncti. Nam cum filiam nō inſtituerit, ſed maſculum, & ei ſubſtituerit agnatum, apparet eum voluiſſe bona ſua in familia, & agnatione conſeruare, & relinquere.

Tertio, illa ratio, quia cum filiam excluſerit ab hæreditate, non eſt credibile eum voluiſſe ad neptem naſcituram peruenire, eamque melioris eſſe conditionis filia iam nata.

Quarto, alia ratio, quia filio moriente abſque filiis non ſubſtituit neptem, ſed agnatum; & ſic agnatum prætulit filiæ natæ; Ergo multo magis creditur prætuliſſe nepti naſcituræ.

Pro nepte contra, pugnat primo laxa interpretatio, ſecundum quam filiorum appellatione continetur filia, *l. iuſta, ff. de verb. oblig.*

Secun-

Secundò, regula iuris, quæ ad ſucceſſionem vocat æquè maſculum ac fœminam, *l. maximum vitium, C. de liber. prater.* ad quam ſuam teſtator præſumitur voluntatem accommodare, *vt not. in l. hæredes mei, §. cùm ita, ff. ad Trebell.*

Tertiò, quoniam in eadem conditione, ſi deceſſerit abſque filijs, tacitè intellecta, conſtat tam maſculos, quàm fœminas comprehendi, *iuxta l. cùm acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. l. cùm auus, ff. de condit. & demonſtrat.*

Sed quis non videt tres rationes proximas pro nepte generales eſſe, & ex generalibus iuris præceptis deductas. Contra verò, quæ pro ſubſtituto adferuntur ex ſingularibus facti huius circumſtantijs oriri, ac proinde præferendas eſſe? ſicut Generi per ſpeciem derogatur. Sicut omnis definitio iuris ex particularibus circumſtantijs factorum ſubuerti ſolet. Et iuris regulam quandoque perdit officium ſuum. Et denique, ex diuerſitate facti, iuris diuerſitas oritur? Vulgata hæc ſunt, & paſſim obuia iuris ſtudioſis, atque conſultis. Sic ſtatuo in hac quæſtione, nec huius me ſententiæ pœnitet.

Capvt LVIII.

Vtrum Papiniani reſponſum in l. cùm auus. ff. de cond. & demonſt. ad filios adoptiuos extendi poſſit.

Cvm *auus filium ac nepotem ex altero filio heredes inſtituiſſet, à nepote petijt, vt, ſi intra annum trigeſimum moreretur, hæreditatem patruo ſuo reſtitueret; nepos liberis relictis, intra ætatem ſupraſcriptam vita deceſſit. fideicommiſſi conditionem coniectura pietatis reſpondi defeciſſe, quod minus ſcriptum quàm dictum fuerat, inueniretur.*] ita Papin. in l. 101. ff. de cond. & demonſtr.

Hoc reſponſum & confirmat & extendit Iuſtinianus; primùm in l. cùm acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. Secundò in l. generaliter, §. cùm autem, C. de inſtitut. & ſubſtitut.

Verba legis cùm acutiſſimi, hæc ſunt: [*Cùm acutiſſimi ingenij vir & meritò, ante alios excellens Papinianus in ſuis ſtatuerit Reſponſis, Si quis filium ſuum heredem inſtituit, & reſtitutionis poſt mortem oneri ſubegit, non aliter hoc videri diſpoſuiſſe, niſi cùm filius eius ſine ſobole vitam ſuam reliquerit. Nos ſenſum merito mirati, pleniſſimum ei donamus euentum: vt ſi quis hæc diſpoſuerit, non tantum filium hæredem inſtituens: ſed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps poſteritatem, & eam reſtitutionis poſt obitum grauamini ſubiugauerit, non aliter hoc ſenſiſſe videatur, niſi ij, qui reſtitutione onerati ſunt, ſine filijs vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel pro neptibus fuerint defuncti, ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones proprijs anteponere.*]

Verba dicti §. cùm autem, hæc ſunt: [*Cùm autem inuenimus excelſi ingenij Papinianum in huiuſmodi caſu: in quo pater filijs ſuis ſubſtituit, nulla liberorum ei his procreandorum adiectione habita, optimo intellectu diſpoſuiſſe, euaneſcere ſubſtitutionem ſi is, qui ſubſtitutione prægrauatus eſt, pater efficiatur, & liberos ſuſtulerit; intelligentem non eſſe veriſimile, patrem, ſi de nepotibus cogitauerit, talem feciſſe ſubſtitutionem humanitatis intuitu, hoc & latius & pinguius interpretandum eſſe credidimus, vt ſi quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit, vel dederit vſque ad modum, quem nos ſtatuimus. & ſubſtitutioni eos ſubiugauerit. nulla liberorum eorum mentione facta, & hic intelligi euaneſcere ſubſtitutionem liberis eam excludentibus, & intellectu optimo his qui ad ſubſtitutionem vocantur, obſiſtente, & non concedente ad eos eam partem venire; Sed ad filios, vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel pro neptes morientis tranſmittente, & non aliter ſubſtitutione locum accipiente, niſi ipſi liberi, ſine iuſta ſobole deceſſerint, vt quod inter iuſtos liberos ſancitum eſt, hoc & inter naturales filios extendatur. Quæ omnia & in legatis, & in fideicommiſſis ſpecialibus locum habere ſancimus.*]

Iſtis ita ſe habentibus, iam controuerſia eſt: An iſta Conſtitutio iuſta interpretatione, etiam ad filios adoptiuos extendi queat. Vt ſi pater filium adoptiuum inſtituat hæredem, eumque reſtitutionis oneri ſubijciat, eadem inſit tacitè conditio, ſi abſque liberis deceſſerit.

Affirmant Comenſis *in d. l. cùm auus, in fin.* Fulgoſ. *in d. §. cùm autem, num. 6. & ibid. Iaſ. colum. 5. verſic. 2. modo poteſt intelligi. Parb. in d. l.*

cùm acutiſsimi, num.178. Rumnald. ſen. in conſil. 578. numer.3. Pius in l. Titia, numer.13. de leg.2. & iſtos omnes citat & ſequitur Menochius de præſumpt. lib.4. tom.1. præſumpt.89. num.32.

Argumenta ſunt iſta: filij adoptiui ſimiles ſunt filijs legitimis, & naturalibus, quò ad effectum ſucceſſionis, *l. ſi te parens, C. de ſuis & legitimis*. Ergo id quod in filijs legitimis & naturalibus conſtitutum eſt, etiam ad filios adoptiuos extendi debet.

Secundò, conſtitutio, de qua agitur, coniectura pietatis nititur, *vt patet ex dicta lege cum auus*. Hæc autem pietas etiam in filio adoptiuo locum habet, quod patet; quia pater tenetur cum alere, *argum. l. onera. de adoptio.*

Tertiò, illud Papiniani reſponſum etiam ad filios naturales extenditur, *vt in dicto §. cùm autem*. Ergo multò magis ad filios adoptiuos extendi debet, qui plus iuris habent in ſucceſſione, quàm naturales tantum.

Poſtremò, filiorum fauore hæc ſancita ſunt, vt patet, ergo etiam ad filios adoptiuos extendi debent, *l.1. §. vltim. ff. de leg. præſtan.*

Cæterùm contrariam ſententiam habuerunt Petrus & Cyn. *in d. §. cùm autem. & ibidem Albert. num.2. & num.6. & Dec. in 7 limitatione. Alexand. in l. ex facto. §. ſi quis rogatus. num.12. ff. ad Trebell. Socin. in d. l. cùm auus, num.56. Tiraq. ad l. ſi vnquam, ver. ſuſceperit liberos, num.10. C. de reuoc. donat. Ant. Padilla in d. l. cùm acutiſsimi, num.18.*

Argumenta hæc ſunt: Primum, quia nec lex cum auus, nec lex cum acutiſſimi, nec lex generaliter, cùm autem, loquuntur de filijs adoptiuis; Ergo nec nobis ad filios adoptiuos eandem legem extendere licet.

Secundò, quia filius adoptiuus non eſt propriè filius, ſed fictè: & ideò non ſuccedit contra patris teſtamentum, *l. filio quem pater. ff. de liber. & poſthumis, l. adoptiones, ff. de adoptio. l. cùm in adoptiuis, §. ſed ne, C. de adoptio.*

Tertiò, quia non ſunt ex agnatione & familia adoptantis, *vt in d. l. cùm in adoptiuis, §. vltim. C. de adopt. §. ſed hodie. Inſtit. eodem tit.*

Quartò, quia hæc conſtitutio legis fundatur in cauſa naturali, & ratione ſanguinis, quæ ratio ceſſat in adoptiuis filijs.

Poſtremò, quia filij adoptiui non faciunt deficere illam conditionem, ſi deceſſerit ſine liberis, *l. fideicommiſſum, ff. de condit. & demonſtrat. l. ſi ita quis in teſtamento. §. ſi is cui, de leg.2.*

Ego hanc poſteriorem ſententiam amplector, & licèt ad argumenta hæc, quibus illa nititur, reſponderit latè Menochius *loco ſupra proximè citato*. tamen illud me potiſſimùm mouet, quòd filij ex filio adoptiuo progeniti, non dicuntur eſſe ex ſobole & progenie teſtatoris, ſed prorſus extranei, *vt in d. l. cùm in adoptiuis, §. ſed ne, C. de adopt. ibi: Vt non ſucceſſione ab inteſtato patris extranei adoptiui defraudentur*, & ad alienam ſobolem pertinentes, nempè, naturalis patris. Eſt autem ſupradictæ legis ea potiſſimùm ratio, ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones proprijs anteponere, *vt in d. l. cùm acutiſsimi*. Et quia non eſt veriſimile, intelligentem patrem, ſi de nepotibus cogitaſſet, talem facturum ſubſtitutionem, *vt in dicto. §. cùm autem*. Quare cùm filij ex patre adoptiuo nati, non ſint defuncti nepotes, & cæt. non videtur in eis locum habere ratio legis.

Ad primum argumentum reſpondeo, filios adoptiuos in eo ſolùm eſſe ſimiles, quoniam patri ſuccedunt, vt in d. l. cùm in adoptiuis, §. ſed ne, C. de adopt. ibi, [*Sed ſiquidem remaneat in tali adoptione nulla interueniente mancipatione, in hoc tantummodò prodeſſe ei volumus adoptionem, vt non ſucceſſione ab inteſtato patris extranei adoptiui defraudetur, & cæt.* In alijs ergo non ſunt ſimiles, ſed hic non agitur de ſucceſſione patris adoptiui, reſpectu ipſius filij adoptiui; ſed an filij ipſius filij debeant excludere ſubſtitutum: ideò argumentum tollitur.

Ad ſecundum reſpondetur, non hic agi de coniectura pietatis & charitatis patris adoptantis erga filium adoptatum; ſed de filijs ipſius filij, an excludant ſubſtitutum erga tales nepotes non probatur extendi adoptantis affectionem, ſicut erga nepotes ex filio naturali.

Ad

Ad tertium reſpondeo, eodem modo, quia alia ratio eſt in filio naturali, qui ex ipſo ſanguine procreatus eſt, licèt non ex iuſtis nuptijs.

Ad vltimum reſpondeo, rationem legis eſſe poſitam in coniectura pietatis paternæ erga nepotes, & deſcendentes: & in eo quod non ſit veriſimile patrem, ſi de nepotibus cogitauerit, talem facturum ſubſtitutionem, *vt in dicta leg. cùm acutiſſimi, & in d. §. cùm autem.* non autem in ſolo fauore filiorum inſtitutorum; ac proinde argumentum euaneſcit.

Capvt LIX.

Vtrum Papiniani reſponſum, de quò in l. cùm auus, ff. de cond. & demonſtr. & aliæ ſimiles leges locum habeant, cùm filius hæres inſtitutus filios habuit tempore conditi à patre teſtamenti.

Iacobvs Menochius, vir doctiſſimus, ac celeberrimus, *lib. 4. de præſumpt. tom. 4. præſumpt. 89. numer. 77.* hanc quæſtionem tractat ita diſertè, & clarè, vt noſtra hic induſtria ſuperuacanea videri poſſit. Vt tamen & calculum meum adjiciam, & tam illuſtrem controuerſiam non prætercam, conabor & ipſe eam explicare, atque etiam illud efficere, vt opera mea non inutilis eſſe videatur.

Teſtator filium hæredem inſtituit, & ei quandocunque morienti alium ſubſtituit; Moritur filius relictis poſt ſe liberis, vel nepotibus teſtatoris, qui etiam tempore conditi teſtamenti extabant; Vtrum ex Papiniani Reſponſo, *de quo in l. cùm auus, ff. de condit. & demonſtr. & l. cùm acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. & ſimilibus.* excludatur ſubſtitutus, necne? Affirmant Doctores multi, *quos refert & ſequitur Menochius, vbi ſuprà,* quibus & ipſe calculum meum adjicio.

Fundamentum, vt mihi videtur, illud eſt firmum; quia ratio legis ad hanc quoque ſpeciem adaptatur, & verba non repugnant. Ait Papinianus: [*Cùm auus filium ac nepotem ex altero filio hæredes inſtituiſſet, à nepote petijt, vt ſi intra annum trigeſimum moreretur, hæreditatem patruo ſuo reſtitueret: nepos liberis relictis, intra ætatem ſuprà ſcriptam vita deceſſit, fideicommiſſi conditionem coniectura pietatis reſpondi defeciſſe, quod minus ſcriptum, quàm dictum fuerat, inueniretur.*]

Hic reſpondit Papinianus ſubſtitutum excludi liberis relictis, nec diſtinguit, an nati eſſent tempore teſtamenti, necne. Idem ſtatuit Imperator, nulla diſtinctione adhibita *in l. cùm acutiſſimi, C. de fideicommiſſis.* vbi generaliter conſtituit, reſtitutioni locum non eſſe; [*Niſi ij, qui reſtitutione onerati ſunt, ſine filijs vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, &c.*] Ratio verò legis, quin locum habeat etiam in hac ſpecie, negari non poteſt. Nempè, *pietatis coniectura,* vt in d. l. cùm auus. Item, *ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones proprijs anteponere,* vt in d. l. cùm acutiſſimi. Etſi enim nepotes viuant tempore teſtamenti, tamen viget pietatis coniectura, & illa ratio, *ne videatur, &c.* Quia ſunt nepotes, & ex deſcendentibus ex ſobolę, & progenie, quam veriſimile non eſt excludere teſtatorem voluiſſe ſine cauſſà.

Contrariæ ſententiæ argumenta non obſtant. Primum ſumitur ex l. generaliter, §. Cùm autem, C. de inſtit. & ſubſtit. ibi, [*intelligendum non eſſe veriſimile patrem, ſi de nepotibus cogitauerit, talem feciſſe ſubſtitutionem, &c.*] Ergo, ſi de nepotibus teſtator cogitauerit, aliter erit ſtatuendum, ſed hic videtur cogitaſſe de nepotibus; quia nati erant, & noti teſtatori. Ergo, aliter videtur ſtatuendum.

Reſpondeo, ſenſum illorum verborum hunc eſſe: *Si teſtator de nepotibus cogitauerit,* hoc eſt, ſi cogitauerit filium inſtitutum moriturum eſſe liberis relictis, & ſic nepotibus teſtatoris, veriſimiliter non facturum talem ſubſtitutionem. Non infertur autem ex eo, quòd nepotes erant nati, ipſum teſtatorem cogitaſſe eos patri ſuo ſuperuicturos, ać proinde voluiſſe, eis excluſis, ſubſtitutum admitti. Sed potius præſumendum eſt ex pietatis coniectura plus dictum, & minus ſcriptum, ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones proprijs anteponere.

Secundum argumentum eſt ex l. ſicut certi, & l. ſi cùm in vtero, C. de teſtam. milit. vbi, ſi miles ſcit ſe filios habere, & eos non inſtituat, videtur eos exhæredare.

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam cùm miles ſciens ſe filios habere, alios hæredes inſtituit, neceſſe eſt, vt intelligatur tacitè eos exhæredare, quia alij in teſtamento ſcripti ſunt hæredes, & ſic res eſt clara & manifeſta, nec contrariam interpretationem admittit, neque enim intelligi poteſt, alios hęredes futuros, qui in teſtamento ſcripti ſunt, & ſimul filios hæredes eſſe, qui ſcripti non ſunt. Ex teſtamento enim non erunt hæredes, quia ſcripti non ſunt. Ab inteſtato non poterunt eſſe, quia teſtamentum adeſt. Sed in propoſita ſpecie aliud eſt, & longè eſt diuerſa ratio: quia licèt alios pater ſubſtituerit filio hæredi inſtituto, nihil prohibet, quo minus ea ſit conditio tacitè intelligenda, ſi filios non habuerit, quoniam & hac interpretatione admiſſa, ſubſtitutio locum habet, in eo videlicet caſu, quo filius abſque liberis moriatur.

Tertium argumentum eſt ex l. 3. C. de inoff. teſtam. vbi ſi mater filijs duobus hæredibus inſtitutis, tertio poſtea ſuſcepto, teſtamentum mutare potuiſſet, & id facere neglexiſſet, videtur eos excludere.

Reſpondeo, vt dictum eſt in præcedenti, id longè à ſpecie noſtra differre, quia ibi nulla coniectura capi poteſt pro filio ſuſcepto poſt teſtamentum, nullaque interpretatio adhiberi, cùm res ſit clara & manifeſta. Sed hic eſt dubia & incerta, poteſtque locus eſſe coniecturæ pietatis, vt dictum eſt.

Quartum argumentum eſt ex l. tale pactum, §. vlt. ff. de pact. ibi: [*Et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem ſuum tuitionem ſupremum contuliſſe videatur.*]

Reſpondeo, nihil ad rem noſtram pertinere, ſententia enim legis eſt, Patrem filiæ ſtipulatum fuiſſe à genero, vt ſi filia ſine liberis deceſſiſſet, portio quædam dotis reſtitueretur fratri ipſius patris ſtipulantis, quem hæredem inſtituerat, atque ita conſulere voluit fratri, vt hæredi. Et ideò cùm pater deinde filios ſuſcepiſſet, eóſque hæredes in alio teſtamento ſcripſiſſet, voluiſſe videtur, eam portionem, quæ fratri hæredi danda erat, nunc reſtitui filijs hæredibus, quod ſignificant illa verba textus: [*Cùm inter contrahentes id actum ſit, vt hæredibus conſulatur.*]

Quintum argumentum ex l. vnica, C. ſi dos conſtante matrimon. ſed nihil ad rem facit. Hoc enim vult, vt ſi dos vxori à marito conſtante matrimonio ſine legitima cauſſa reſtituta fuerit, ea mortua ab eius hæredibus, cum fructibus marito reſtituatur.

Sextum argumentum eſt ex leg. ſi vnquam, C. de reuocand. donat. iuncta declaratione Bartoli, *in l. Titia, §. Imperator. de legat. ſecundo.* vbi docet, liberos tempore donationis, vel poſtea natos, de quibus teſtator cogitauit, non efficere, vt donatio reuocetur.

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Cùm enim pater filios habens, & de illis cogitans, alijs bona ſua donat, ſine dubio non vult filios ea habere, ſed enim, cui d[illegible], nec enim in claris locus eſſe poteſt coniecturis. Sed hic pater filium inſtituit eique morienti ſubſtituit alium. Hic no[illegible] eſt certum, quomodo & quando locum eſſe voluerit ſubſtitutioni, & an eo caſu, quò filius relictis poſt ſe liberis deceſſerit, an [illegible]ò, ſi abſque liberis mortuus fuerit. Quamobrem optimè intrat coniectura pietatis, & Papiniani interpretatio, vt teſtat[illegible] deatur plus dixiſſe, quàm ſcrip[illegible] rit, nempè adiecîſſe illam condi[illegible], ſi abſque filijs moriatur hæres inſtitutus filius.

Septimum argumentum eſt ex [illegible] quadam; Vnius incluſio, eſt al[illegible] excluſio, *leg. cùm prætor. ff. de iudic*[illegible]. [illegible] in dicta l. cùm auus, & alia[illegible] leg[illegible] cludit filios naſcituros, [illegible]o excludi[illegible] natos.

Reſpondeo, non excludi [illegible] tos, in d. l. cùm acutiſſimi, vt [illegible] cipio dictum eſt. Eandemq[illegible] ſe in filijs tam natis, quæ in [illegible] proinde idem ius eſſe ſtatuend[illegible].

C[illegible]

Cætera argumenta, quæ recenſentur à Menochio, vel ad hæc poſſunt reuocari: vel ſane leuiora exiſtunt, quam vt confutatione egeant.

Capvt LX.

Vtrum etiam naturales filij faciant deficere conditionem in ea ſpecie de qua loquitur l. cum auus. ff. de condit. & demonſt. & l. cum acutiſſimi. C. de fideicommiſſ.

Nihil eſt tam clarum, quod obſcurum nõ reddatur, ſi recta in legibus interpretandis ratio non adhibeatur: Recta autem ratio tunc non adhibetur, cum ex locis obſcuris interpretari conamur perſpicua loca, eaque in dubium reuocare. Id ipſum in hac propoſita ſpecie facile deprehenditur. Nam filios naturales ex filio hærede inſtituto, cui morienti datus eſt ſubſtitutus, progenitos, non prodeſſe vt ſubſtituti deficiat conditio, communis Doctorum ſententia recte docet, ex l. *generaliter. §. cum autem. C. de inſtit. & ſubſtitut.* illis verbis: [*Et non aliter ſubſtitutione locũ accipiente, niſi ipſi liberi ſine iuſta ſobole deceſſerint.*] Quibus verbis nihil clarius eſſe poteſt, ad intelligendum naturales liberos, qui videlicet ex concubina, non autem ex legitimo matrimonio procreati ſunt, non efficere, vt conditio fideicommiſſi deficiat. Etenim conſtat tales filios iuſtæ ſobolis appellatione nequaquam contineri poſſe: ſiquidem iuſta ſoboles appellatur, quę ex legitimis nuptijs ſuſcipitur, *l. filium definimus. ff. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt. Vide Menochium de præſumpt. lib. 4. tom. 1. præſumpt. 89. nu. 99. vbi citat Doctores.*

Cęterum, contrarium docuerunt alij nõ pauci, quos *ibidem* cõmemorat, *nu.* 101. quorum fundamentum eſt in leg. ex facto. §. ſi quis rogatus. ff. ad Trebellia. Nota verba: [*Si quis rogatus fuerit, vt ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat hæreditatem. Papinianus lib. 18. Reſponſorũ ſcribit etiam naturalem filium efficere, vt cõditio deficiat, & in libertum eodemq; colliberto hoc ſcribit. Mihi autẽ (quod ad naturales liberos attinet) voluntatis quæſtio videtur eſſe, de liberis teſtator ſenſerit. Sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum erit.*]

Sic argumentatur: naturalis filius facit vt deficiat conditio, niſi repugnet voluntas teſtatoris, quæ ex dignitate & conditione colligitur. Ergo idem & in propoſita ſpecie reſpondendum erit.

Reſpondeo, non hoc Iuriſconſultũ velle quod aſſumitur, ſed quęſtionem iſtam ex coniectura voluntatis pendere. Etenim Papiniani ſententiam Vlpianus ibi probat quoad libertinum, eundemq; collibertum: quoad naturales autem filios, dicit ſibi videri voluntatis quæſtionem eſſe, *ſicut late explicaui ſupra hoc eodem lib. cap.* 52.

Capvt LXI.

Subſtitutus vulgariter in vnum caſum, vt puta, ſi hæres eſſe noluerit, an ſuccedat in alium caſum; puta ſi hæres eſſe non potuerit, vel contra.

Controuerſia eſt nõ vulgaris, an vulgaris ſubſtitutio in vnũ caſum facta, extẽdatur ad alium, vt puta, ſi hæres eſſe nõ potuerit, an extendatur ad alium caſum, nempe ſi hæres eſſe noluerit, vel contra. Affirmant Bartol. Alexand. Iaſon, Socinus & Ripa, *in l. 1. ff. de vulg. Marianus Socinus iunior, in conſil. 176. lib. 1. & alij, quos refert & ſequitur Alexand. Trentacinq. de ſubſtit. part. 1. cap. 1. nu. 25.*

Argumenta vero ſunt iſta, primum ex l. *Gallus. §. Et quid ſi tantum. ff. de liber. & poſthum.* illis verbis: [*Sed ex ſententia legis Velleia & hæc omnia admittenda ſunt, vt ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus admittendi ſint.*]

Secundum, ex l. vlt. C. de inſtitut. & ſubſtit. vbi ſubſtitutio facta, ſi poſthumus natus non fuerit, extenditur ad eum caſum, quo natus fuerit, & impubes deceſſerit matre in medio non exiſtente.

Tertium argumentum eſt ex l. vlt. C. *de poſthum. hæred. inſt.* vbi: Si is, qui teſtamentum condidit, his verbis vſus fuerit: [*Si filius vel filia intra decem menſium ſpacium poſt mor-*

tem meã editi fuerit hæredes ſunto, ſiue viuo teſtatore, ſiue poſt mortẽ eius intra decem mẽſes à morte teſtatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, manet voluntas teſtatoris immutilata.]

Quartum ex l. Titius. §. Lucius. ff. de lib.& poſthum. vbi inſtitutio facta eius, qui eſt in vtero matris, locum habet, etiamſi conditi teſtamenti tempore partus editus fuerit.

Quintum, ex l. ſi mater, C. de inſtitut.& ſubſtit. vbi ſi filij à matre fuerint hæredes inſtituti ſub ea conditione, ſi fuerint emancipati à patre, locum habet illa inſtitutio, etiam in alio caſu longe diuerſo, nempe, ſi pater deportatus fuerit.

Sextum, quia vidẽtur hæc duo eſſe paria, nolle, vel non poſſe, arg. *l. 1. §. Vſus. ff. de procurator. ibi: vel nolunt vel non poſſunt.*

Septimum ex l. humanitatis. C. de impube. & alijs ſubſtit. qui tamen textus, quo pacto ad hanc rem adduci potuerit, non video.

Octauum argumentum eſt, quoniam vulgaris ſubſtitutio pupillarem continet, *l. iam hoc iure. ff. de vulgar.* Ergo multo magis vulgaris ipſa ſubſtitutio in vnum caſum facta extendi debet ad alium, qui ſub eadem continetur.

Poſtremum argumentum eſt, quia videtur eſſe eadem ratio in caſu omiſſo, quæ in caſu expreſſo. Nam vulgaris ſubſtitutio, ſi hæres eſſe noluerit eam ob cauſſam facta eſſe intelligitur, vt defunctus hæredem habeat, ſi is, qui primo inſtitutus eſt, noluerit hæres eſſe. Teſtatoris enim defuncti intereſt hæredem habere, *vt in §. primo, in Inſtitut. Quibus ex cauſ. manum. non licet.* Hęc ratio locum habet etiam in eo caſu, qui à teſtatore eſt omiſſus, nempe cum hæres eſſe non poteſt.

Cæterum, contrariam ſententiam multi alij ſecuti fuere, *quos refert & ſequitur Mantica, de coniecturis vltimarum voluntatum, libr. 5. titulo primo, num. tertio, quibus adde Duarenum in Commentariis titulo de vulgari, & pupillari, c. 11. quibus verbis fiat vulgaris, & alios quos commemorat Alexander Trentacinq. loco ſuperius annotato.*

Primum argumentum eſt ex l. *commodiſſime. ff. de liber. & poſthum.* ibi: [*Si alteruter caſu omiſſus fuerit eo caſu, qui omiſſus ſit natus rumpit teſtamentum, &c.*]

Secundum ex l. pater Seuerinam, *ff. de condi. & demonſt.* vbi prædium filiæ relictum: [*Si Aelio Philippo nupſiſſet,*] non debetur, ſi non nupſiſſet, eam ob cauſſam quod [*nondum nubilis puella diem ſuum obijſſet,*] & ſic nubere non potuiſſet.

Tertium argumentum eſt ex l. vlt. C. de inſtitut.& ſubſtitu. ponderando illa verba: [*Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admittimus, cum poſthumus minime editus fuerit, &c.*]

Quartum ex l. qui ex duabus. ff. de acq. hæred. ſed nihil prorſus ad rem iſtam pertinet, ſicut legenti illum textum facile patebit.

Quintum eſt ex l. ſi ita quis. ff. de vulgar. & pupilla. Vlpianus: [*Si ita quis ſubſtituerit, ſi filius meus intra decimum annum deceſſerit, Seius hæres eſto: deinde hic ante decimumquartum annũ, poſt decimũ deceſſerit, magis eſt, vt non poſsit bonorum poſſeßionem ſubſtitutus petere: non enim videtur in hunc caſum ſubſtitutus.*]

Atq; hoc poſtremo argumento moueor, vt poſteriori ſententiæ adhæream: Videtur enim & in propoſita quæſtione recte dici poſſe, ſubſtitutum petere bonorum poſſeſſionem nó poſſe: quia non videtur in hunc caſum ſubſtitutus, vt patet.

Nec difficile eſt ad argumenta cõtrariæ ſententiæ reſpondere, nam ad primum reſpõdeo, eundem effectum in ca[illegible] ſpecie obtineri tam per mortem, quam per d[illegible]portationem filij, quia videlicet nepos in locum eius ſuccedens teſtamentum rumpit. Quare ex legis ſententia idem iuris eſt in vtroq; caſu conſtitutum.

Ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſti[illegible]. reſpondeo, ibi ſubſtitutionem factam, ſi p[illegible]mus non naſcatur, ideo extendi [illegible] caſum, quo naſcatur, & in pupill[illegible] decedat: quia in vulgari expr[illegible] tacita pupillaris, *l. Lucius. ff. de vulgar.* [illegible]tenſio fit, propterea, quod [illegible] pillaris.

Ad tertium ex l. vlt. C. *de po[illegible]hum. h[illegible]ſtit.* reſpondeo, teſtatorem ibi [illegible] c[illegible] tantum expreſſiſſe, quia ſe ſtatim mo[illegible]

rum

rum putabat, & voluiſſe filium hæredem eſſe in omnem caſum. Simile eſt in l. Titius, §. Lucius. ff. de liber. & poſthum. quæ opponitur in quarto argumento, ac proinde tollitur eadem reſponſione argumentum ex ea petitum.

Ad quintum reſpondeo, in ſpecie dicta l. ſi mater, eundem effectum ſequi, tam ex emancipatione, quã ex deportatione: quia ſcilicet filius liberatur patris poteſtate: ad quod reſpexit teſtator, qui nihil ad patrem voluit peruenire.

Ad ſextum reſpondeo, non idem eſſe, nolle, & non poſſe: & ideo ſubſtitutus in vno caſu, non ſuccedet, alio diuerſo caſu eueniente, licet aliquando æquiparentur caſus omiſſus & expreſſus. Quia in ſubſtitutionibus ſufficit non veniſſe caſum, quem teſtator deſignauit.

Septimum non obſtat. Ad octauum reſponſio patet: quia iuſtis rationibus nominatim eſt conſtitutum ac interpretatione receptum, vt vulgaris expreſſa contineat tacite pupillarem, quod in hac ſpecie conſtitutum ac receptum non apparet.

Ad vltimum reſpondeo, non eſſe id ſpectandum, an ſit eadem ratio: quia omiſſus caſus non continetur ſub expreſſo, *vt patet ex d. l. commodiſſime. ff. de libe. & poſthum. & l. ſi ita quis. ff. de vulgari.*

Capvt LXII.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio impediat tranſmiſſionem iuris deliberandi in hæredem inſtituti.

Communis eſt ſententia Doctorum *in l. 1. ff. de vulg.* vulgarem ſubſtitutionem non impedire tranſmiſſionem iuris deliberandi in hæredem inſtituti, *teſte Ripa in Commentariis, ibi, n. 133. Et alios multos citat Alexander Trentacinquius de ſubſtitutionibus, parte 1. cap. 5. quibus adde Duarenum in Commentariis ad tit. de vulga. ſubſtit. & Gregorium Tholoſanum in Syntagmate, lib. 42. c. 13.*

Primum argumentum eſt: quia vulgaris ſubſtitutio habet illam conditionem, ſi hæres non erit. Illa vero conditio intelligitur hoc modo, ſi videlicet hæres ipſe inſtitutus non erit, vel alium hæredem non fecerit, *vt in l. ſi paterfamilias. ff. de hæred. inſtit.* Sed hic hæres inſtitutus tranſmittendo ius deliberandi, alium hæredem facit: quia poteſt adire ſi velit: Ergo vulgaris ſubſtitutio non impedit dictam tranſmiſſionem.

Secundum argumentum. Beneficium reſtitutionis in integrum ad hęredem tranſit minoris, qui hæreditatem repudiauit excluſo ſubſtituto, dummodo ſit res integra, *l. quod ſi minor. §. Scæuola. ff. de minoribus.* Ergo etiam beneficium iuris deliberandi, quod datur ex l. cum antiquioribus. C. de iure delib. tranſmittetur ad hæredem inſtituti, excluſo ſubſtituto.

Tertium argumentum. Conditio ad actum neceſſaria poteſt adimpleri per æquipollens, vt loquuntur noſtri *l. Gallus. §. & quid ſi tantum. ff. de liber. & poſthu.* Ergo & illa conditio vulgaris ſubſtitutionis, *ſi hæres non erit*, poterit adimpleri per æquipollens, nempe, ſi inſtitutus hæres non erit, vel per ſe, vel ficte per hæredem ſuum.

Quartum argumentum. Ius accreſcendi non impedit tranſmiſſionem, *iuxta l. 3. C. de iure deliber.* Ergo neque ſubſtitutio, nam & ius accreſcendi tacita videtur ſubſtitutio.

Poſtremum argumentum eſt ex l. vnica, §. in nouiſſimo, iuncto §. cum autem. C. de cad. tollend. Dicitur in §. in nouiſſimo: hæreditatem non aditam non tranſmitti, niſi quoad ius deliberandi: & in caſu l. Vnicæ, C. de his qui ante apertas tabulas. Deinde in §. cum autem, dicitur, ceſſante tranſmiſſione, hæreditatem non aditam deuolui ad ſubſtitutum. Ergo, ſubſtitutio non impedit tranſmiſſionem iuris deliberandi, *ſecundum d. l. cum antiquioribus.*

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Angel. *in d. l. 1. ff. de vulg.* Ripa *ibid. nu. 139. qui alios citat. Salice. in d. l. cum antiquioribus. Politus de ſubſtit. in materia vulgaris ſubſtitutionis, q. 44. Zaſius de ſubſtitutionibus in materia vulgaris ſubſtit. verſ. Tertia ſpecies tranſmiſſionis.*

Argumenta ſunt iſta. Subſtit. impedit ius tranſmiſſionis ex potentia ſuitatis, *vt not.*

Bart.

Bartol. in l. ſi filius hæres. ff. de libe. & poſthum. Ergo multo magis tranſmiſſionem impedire debet iuris deliberandi.

Secundo, principum beneficia non debent alijs præiudicium inferre, *l. nec auus, C. de emancip. lib. 2. §. merito. ff. ne quid in loco publi. c. quamuis, de reſcript. lib. 6.* Ergo beneficium l. cum antiquioribus, nocere non debet ſubſtituto.

Tertio, Subſtitutio vulgaris ex mente teſtatoris locum habet in eo caſu, quo inſtitutus hæres non ſit, *l. cum proponas. C. de hered. inſtit.* Sed hoc in caſu inſtitutus hæres non eſt, vt patet. Ergo locus eſt vulgari ſubſtitutioni.

Quarto, prouiſio hominis facit ceſſare prouiſionem legis, *l. vltim. C. de pact. conuent.* Ergo prouiſio teſtatoris ſubſtituentis, facit ceſſare tranſmiſſionem ex prouiſione legis.

Quinto, ſubſtitutus excludit eos, qui à lege vocantur ad ſucceſſionem, *l. vltim. C. de neceſſ. ſer. hered. inſtit.* Ergo excludere debet eos, qui à lege habent ius deliberandi ex tranſmiſſione.

Sexto, Subſtitutio eſt potentior iure accreſcendi, quod ex legis diſpoſitione locũ habet, *l. 2. § ſi duo. ff. de bon. poſſeſſ. ſecundum tab. l. 1. § in primo. & § pro ſecundo. C. de cad. tollend.* Ergo eſt potentior iure tranſmiſſionis, de quo agitur.

Poſtremo, adfertur l. prima. *C. de his qui ante apertas tabul.* in illis verbis: [*Licet non ſint inuicem ſubſtituti.* Ex quibus ſignificari videtur potentius eſſe ius ſubſtitutionis quã tranſmiſſionis, quia ſi eſſent filij inuicem ſubſtituti, ſine vlla difficultate ſuccederent.

Ego exiſtimo priorem ſententiam longe probabiliorem eſſe, & moueor ex dicta l. vnica, § *In nouiſſimo, iuncto. § cum autem, C. de cad. tollend.* Verba legis hæc ſunt: [*Hereditatem etenim, niſi fuerit adita, tranſmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur. Exceptis videlicet liberorum perſonis, de quibus Theodoſiana lex ſuper huiuſmodi caſibus introducta loquitur: ijs nihilominus, quæ ſuper ijs, quæ deliberantes ab hac luce migrant, a nobis conſtituta ſunt in ſuo robore manſuris.*]

Poſtea, in §. *cum autem.* ita pergit textus: [*Cum autem in ſuperiore parte legis non ad eam hereditatem minime, niſi quibuſdam perſonis, ad heredes defuncti tranſmitti diſpoſuimus. neceſſ. eſt, ſi quis ſolidam hereditatem non adierit, hanc ſi quidem habeat ſubſtitutum, ad eum ſi voluerit & potuerit peruenire, quod ſi hoc non ſit, vel ab inteſtato ſucceſſores eam ſuſcipiant, vel ſi nulli ſunt, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt, tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur.*]

Sententia legis eſt, hæreditatem non aditam non tranſmitti exceptis liberorum perſonis, & ſalua tranſmiſſione iuris deliberandi, *ex l. cum antiquioribus.* Hoc e[illegible] inter[illegible]bus, hæreditatem non aditam ad ſubſtitutos deuolui, & illis nolentibus vel non volentibus, ad hæredes ab inteſtato peruenire, & ijs non adeuntibus, ad fiſcum. Igitur ſubſtitutus non admittitur, niſi prorſus ceſſat ius tranſmiſſionis, atque adeo ipſum tranſmiſſionis ius ſubſtitutioni præfertur.

Quod ratione confirmari poteſt. Nam ſubſtitutus vulgaris, à teſtatore vocatur in eum caſum, quo inſtitutus vel nolit, vel non poſſit hæres eſſe. Cum autem [illegible] decedit intra annum, qui ad deliberandum datur, non poteſt vere dici, illum non potuiſſe, vel noluiſſe hæredem eſſe: [illegible] repudiauit hæreditatem, & [illegible] tat. Sed caſus euenit non expreſſus à teſtatore, quoniam nec adiuit, nec repudiauit hæres. Ergo ſubſtitutioni locus eſſe non poteſt.

Reſpondet Ripa illum textum retorquere poſſe, in d. l. 1. numer. 158. ff. de vulg. [*Aduerte,* inquit, *quia credo quod ille textus [illegible] fideliter inducatur, probet oppoſitũ, referendo verbũ neceſſe eſt, ad caducitatem ſecũdum [illegible] teriam: quaſi dicat, vbi non habet locũ tranſmiſſio: eſt neceſſe quod teſtamentũ efficiatur caducum, & ſic cadat ad venientes ab inteſtato vel fiſcum, [illegible] inſtitutus adierit ſolidam hereditatem [illegible] ſit ſubſtitutus, qui velit & poſſit adire [illegible] contrario, vbi haberet locum tranſmiſſio, [illegible] non redderetur caducũ, etiamſi inſtitutus, vel ſubſtitutus non adirent. Hoc autem eſſe non poteſt, niſi vltimo loco vocẽtur ij, ad quos ſit tranſmiſſio [illegible] conſequenter bene ſequitur, quod poſt [illegible]*

um

unt alij iure tranſmißionis. Comprobatur inductio ſic; Dicitur in principio legis, quod teſtatores ad caducitatem remouendam ſæpè faciunt ſubſtitutiones. Dicitur poſteà in §. in nouiſsimo, quod lex in certis caſibus conceßit, hæreditatem non aditam tranſmitti pariter ad excludendam caducorum obſeruationem. Ergo prouiſio illius legis eſt ſubſidiaria, vnde ceſſare debet, vbi ſubeſt prouiſio ordinaria.] Hæc & alia in eandem ſententiam ille.

Hæc reſponſio nihil obſtat; quia ſubſtitutio fit ad tollendam quidem caducitatem, & ſimiliter caducitas ceſſat, vbi tranſmiſſioni locus eſt: ſed non poteſt ille ordo conſtitui, quem iſte comminiſcitur. Nam Imperator manifeſtè oſtendit, vbi tranſmiſſioni locus eſt, ibi neceſſariam non eſſe ſubſtitutionem ad tollendam caducitatem, ſed tunc demùm cùm tranſmiſſio ceſſat. Sic enim Imperator ſtatuit neceſſe eſſe, ſi hæreditatem quis non adierit, quæ alioqui non adita tranſmitti non poſſit, tunc ſi ſubſtitutus adſit, ad eum, ſi velit, & poſſit, pertinere. Ex quo patet tranſmiſſionis cauſſam eſſe potiorem, & ſubſtitutum potiùs in ſubſidium admitti, hoc eſt in eum caſum, quo hæreditas eſſet in cauſſa caduci, propterea quòd non eſſet tranſmiſſioni locus.

Confirmatur hæc interpretatio, quia ſi ſubſtituto non ſit locus, quia vel nolit, vel non poſſit adire, non dicit textus, locum eſſe tranſmiſſioni ad hæredem inſtituti; ſed hæreditatem deuolui ad hæredes, qui teſtatori ab inteſtato ſuccedunt, vel ad fiſcum.

Ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondeo. Primum non cònſtat, quia maior illa propoſitio eſt dubia & incerta, ſcilicet, ſubſtitutionem impedire ius tranſmiſſionis ex potentia ſuitatis, qua de re infrà diſſeremus.

Ad ſecundum reſpondeo, beneficium l. cum antiquioribus, generale eſſe; & ad omnes pertinere, ſumma nati æquitate, & nemini præiudicium inferre, ſicut nec aliæ leges generales dicuntur alicui præiudicare. Alia ratio eſt in beneficio particulari Principis, quod vni conceſſum, alteri præiudicat, de quo loquuntur leges in argumento citatæ.

Ad tertium reſpondeo vulgarem ſubſtitutionem eo in caſu locum habere, quo inſtitutus hæres eſſe nolit vel non poſſit; ſed hic caſus non euenit, cùm intra deliberandi tempus decedit: Tranſmittit enim ad hæredem adeundi facultatem; & ideo hærede adeunte meritò ſubſtitutus excluditur.

Ad quartum reſpondeo, nihil valere argumentum ex generali, vt vocant, brocardico, vbi ſpecialis lex & ratio pugnat in contrarium.

Ad quintum reſpondeo, argumentum ſumi ex d.l. *vltim. C. de neceſſar. ſeruis hered. inſtitut.* in illis verbis: [*Hæreditatem autem, ſi quidem ſoluendo ſit, ad alios venire, quos leges vocant, ſi non aliquis fuiſſet ſubſtitutus.*] Senſus eſt conditione deficiente, ſub qua ſeruus hęres inſtitutus eſt, hæreditatē eſſe in cauſa caduci, & ideo ſpectare ad legitimos hæredes, niſi ſubſtitutus adſit; & ſic probari ille textus ſubſtitutum efficere, vt hæreditas non pertineat quaſi caduca ad eos, qui ab inteſtato vocantur ad ſucceſſionem defuncti; non autem probat, impediri aliquam tranſmiſſionem iuris deliberandi.

Ad ſextum reſpondeo, non rectè ſumi argumentum ex iure accreſcendi, quod eſt ad inſtar tacitæ ſubſtitutionis, ad expreſſam ſubſtitutionem, quia maior virtus eſt expreſſæ, quàm tacitæ ſubſtitutionis.

Ad poſtremum reſpondeo, ſententiam legis, de qua in argumento, hanc eſſe; liberos hæreditatem parentum ſuorum non aditam tranſmittere ad ſuos hæredes, licèt non ſint eis ſubſtituti; quia ſi ſubſtituti eſſent, non eſſet opus tranſmiſſione. Vtrum autem ſubſtitutio facta vnius, impediat tranſmiſſionem in fauorem alterius, nempè, hæredis eius, qui deceſſit ante aditam hæreditatem, nullum verbum habetur in illa lege.

Capvt LXIII.

Vtrum filio repudiante hæreditatem, ſuccedat pater, an verò vulgariter ſubſtitutus?

SED & ingens controuerſia eſt, filiusfamilias hæres inſtitutus eſt: datus eſt ei vulgaris ſubſtitutus: repudiat hæreditatem patre inuito, verum pater eam adire poſſit, & adeundo ſubſtitutum excludere? Affirmant Bart. Aretin. Aug. Iaſon, Socin. *ad l. 1. ff. de vulg. & alij ab Alexandro Trentacinquio citati, tracta. de ſubſtitutionibus, parte 1. cap. 6. quibus adde Zaſium, tracta. ſubſtitut. tit. de vulgari, in puncto 4. verſic. At verò nos. Duarenus in Commentarijs, de vulgar. ſubſtit. tit. de effectu vulgaris ſubſtitutionis.*

Negant verò alij multi, ac præferendum eſſe ſubſtitutum contendunt. Alexand. *ad d. l. 1. ff. de vulgar.* & alij *à Trentacinquio relati, loco ſuperiùs annotato, ante numer. 4. Quibus adde Gregorium Tholoſanum in Syntagmate iuris, lib. 42. num. 15.*

Non referam hic omnia vtriuſque ſententiæ argumenta: ſunt enim multa ex his leuiſſima, ſed præcipua duntaxat referam.

Prior igitur ſententia, quæ affirmat ſubſtitutum excludi, atque adeò patrem ſubſtituto præfert, nititur potiſſimùm l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. Ita enim ea lege conſtitutum eſt: hæreditate filiofamilias delata, [*ſiue pater adire filiumfamilias integræ ætatis compellit, & ille reclamandum exiſtimat, ſiue filiusfamilias adire cupit, & pater in contrarium inclinat, liberam habere licentiam, & patrem ipſum ſibi adire hæreditatem recuſante filio, & omne ſiue damnum, ſiue lucrum in ſuam habere fortunam, nullo ex hoc præiudicio filio generando,*] & è contrario filium recuſante patre, vt ibi latiùs habetur. Ita, vt ſi pater adierit, filiò repudiante, pater hæreditatem conſequatur, [*quaſi ipſe pater ab initio eſſet hæres inſtitutus:*] vt in §. ſimilique modo.

Cùm igitur patri liceat, filio repudiante, hæreditatem adire, non aliter, ac ſi ipſe hæres inſtitutus eſſet, argumentum hic perſpicuum videtur patrem adire poſſe, & ſubſtitutum excludere.

Potiſſimùm autem contrariæ ſententiæ firmamentum eſt in l. 2. C. de hæred. inſtit. vbi probatur, ſeruo hærede inſtituto, adire nolente, etiam ſi adire iubeatur à domino, ſubſtitutum tamen excludi.

Ego ſanè poſteriorem hanc ſententiam quæ ſubſtituto fauet amplector, ſed non ſolidum eſſe iudico eius fundamentum, quia non eſt idem in fauorem domini conſtitutum, quod in fauorem patris, vt nimirum recuſante ſeruo, dominus adire poſſit hæreditatem, ſicut filiofamilias repudiante, pater adire poteſt. Fundamentum illud eſt ſolidum, quia venit caſus vulgaris ſubſtitutionis: Illa enim locum habet, ſi hæres inſtitutus, aut nolit, aut non poſſit hæres eſſe, ſed hic non vult hæres eſſe, quia repudiat hæreditatem, Ergo ſubſtituto locus eſt.

Nec pater obſtat, quia licèt is adire poſſit repudiante filio, non tamen hoc in caſu id procedit, quo filio repudianti ſubſtitutus datur. Nam voluntas ac diſpoſitio teſtatoris obſeruari debet, & contrariæ legis diſpoſitioni præferenda. Lex quidem vocat patrem, ſi filius repudiet, hic teſtator vocat alium. Primum autem locum ſibi vindicare debet voluntas defuncti, *l. in conditionibus primum locum. ff. de condit. & demonſt.*

Ceſſante verò ſubſtitutione, tunc legis beneficium pater habet, & filio repudiante, adire poteſt, perinde ac ſi hæres ab initio inſtitutus eſſet. Ita eſt accipienda l. vlt. C. de bonis, quæ liberis, non autem, vt loquatur eo caſu, quo ſubſtitutus adeſt, de quo nullum eſt in tota illa prolixa Conſtitutione verbum, & quod, ſi quis ſtatuat, iniquum eſſè videtur. Cur enim ſubſtituto à teſtatore vocato, ſi filius hæres eſſe noluerit, alteri nempè patri, hæreditatem deferendam quiſpiam exiſtimauerit, filio hæreditatem repudiante, contra expreſſam voluntatem teſtatoris, cùm leges iuſtis teſtantium diſpoſitionibus obediendum eſſe tam ſeriò mandent, *vt in l. vlt. C. de fideicommiſſis. §. diſſonat, in Authent. de nupt.*

Non obſtat, ſi dicatur, verba ſubſtitutionis vulgaris in hærede, qui alieno iuri ſubiectus eſt, puta ſeruo, vel filiofamil. illa nempè *ſi hæres non erit*, hunc habere ſenſum, id eſt, ſi neque ipſe hæres erit, neque alium hæredem fecerit, *vt in l. ſi paterfamil. ff. de hæred. inſtitut. & in §. vltim. in inſtitut. de vulgar.* & conſequenter ita accipienda eſ-

da eſſe in propoſito, quantum ad filiumfamil. ſcilicet, ſi nec ipſe hæres erit, nec patrem hæredem fecerit. Hoc autem in caſu repudiando facit patrem hæredem. Non, inquam, id obſtat: quia intelligitur id procedere, cùm filius vel ſeruus adiuit, & ſic adeundo fecit hæredem patrem vel dominum, non autem cùm non adiuit. Id patet, quia ſi non adiuit ſeruus, domino non acquiritur hæreditas, ſed ſubſtituto vulgari, *vt in d.l.3.C.de hæred. inſtit.* Nec valet replicatio, aliud eſſe conſtitutum in filiofamil. repudiante, *vt in d.l. vltim. C. de bonis quæ lib.* quia non hic per omnia ſeruum & filiumfamil. æquiparamus, ſed verba illa interpretamur: *Si nec alium hæredem fecerit*, ita eſſe accipienda, cùm videlicet adita eſt hæreditas à filio vel ſeruo. Nec enim l. vltim. C. de bonis quę lib. quidquam de filiofamil. nominatim conſtitutum eſt in ea ſpecie, qua datus fuerit filio vulgaris ſubſtitutus.

CAPVT LXIV.

Vtrum fiſcus excludat vulgarem ſubſtitutum.

GRATIS, niſi me ame fallit opinio, controuertitur, vtrum fiſcus excludat vulgarem ſubſtitutum. Exempli cauſa: Hæres inſtitutus, cui vulgaris datus eſt ſubſtitutus, [*Si videlicet noluerit, vel non potuerit hæres eſſe,*] delictum committit, propter quod hæreditatem habere non poteſt. Vtrum fiſcus ei ſuccedat & auferat tanquam indigno hæreditatem, an verò ſubſtitutus. Eſt hoc in controuerſia poſitum ſine cauſa, vt dicebam, quia ſubſtitutum ſuccedere debere indubitati iuris eſt. Namque conditio ſubſtitutionis euenit vt patet; Cùm enim hæres ſuccedere non poſſit, non fit hæreditas caduca, ſed pertinet ad ſubſtitutum, *l. vnica. C. de caducis tollend. §. cum autem, Authent. hoc amplius. C. de fideicommiſſis.* Nec enim ob culpam hæredis debet iniuria fieri ſubſtituto. *Argumento l. Papinianus. § meminiſſe, ff. de inoff. teſtam. ibi: Ceterùm ſi id rogatus fuerit reſtituere, non debet iniuria fieri.* Et loquor in eo caſu quo hæres non adiuit, ſi enim adiuiſſet hęreditatem, ceſſaret vulgaris ſubſtitutio, *l. poſt aditam. C. de impuber. & alijs ſubſtitut.* & meritò fiſcus inferret ob delictum, *atque ita docent Angel. in l. 1. ff. de vulgar. Petrus Gregorius Tholoſanus, in Syntagmate Iuris, lib. 42. cap. 14. Duarenus in Commentarijs ad tit. de Subſtitut. ex quibus verbis fiat vulgaris ſubſtitutio, & alij multi, quos refert Alexander Trentacinquius de ſubſtitutionibus, parte prima, cap. octauo, poſt numer. 5.*

Contrarium docuêre Bart. *in d.l.1. numer. 26. ff. de vulgar.* quem ſequuntur ibi Imola, Alexander, Iaſon, Socin. Ferdinandus Vaſquius, *de ſucceſſionum progreſſu, in præfatione lib. 2. numer. 12. & alij à Trentacinquio annotati loco ſuprà citato, num. 1.* Iſti docent fiſcum præferendum eſſe ſubſtituto.

Ripa verò, *in d.l.1. num. 155. quem & Trentacinquius ſequutus eſt*, diſtinctione illa vtitur, minùs certè neceſſaria; vt ſiquidem hæres inſtitutus indignus ſit, ita vt non ſit capax hæreditatis; tunc præferatur ſubſtitutus; ſi verò ſit capax hæres, ſed indignus, tunc fiſcus præferatur, *argumento, l. ſi poſt mortem, §. vltim. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* quæ tamen lex nihil ad rem pertinet, & hanc diſtinctionem non benè percepit Trentacinquius, dum dixit in hoc ſecundo membro diſtinctionis fiſcum præferri, ſi hæres ſit capax, & hæreditatem adiuit. Non ita loquitur Ripa, nec vlla eſt dubitatio, quin ſubſtitutus excludatur, cùm inſtitutus hæreditatem adiuit; quia poſt aditam hæreditatem expirat vulgaris ſubſtitutio, *l. poſt aditam. C. de impub. & alijs ſubſtit.* & conſequenter tunc fiſcus auferet hæreditatem, & ſic ſuccedet ac præferetur ſubſtituto. 1

Sed videamus quantum habeant momenti argumenta eius ſententiæ, quæ fiſco ſuffragatur. Primum eſt ex l. ſi ſequens. ff. ad Syllanianum. Martianus: [*Si ſequens gradus vltus fuerit necem teſtatoris, an prior hæreditas ad illum transferatur. Et ait Papinianus non eſſe hoc. Nam pœna illius, huius præmium eſſe non debet.*]

Reſpondeo, non conſtare nobis, an Iuriſconſultus de ſubſtituto vulgari loquatur: & dato, quòd loquatur in ea ſpecie hæredem iam adiuiſſe hæreditatem atque ideo per eius aditionem excluſum fuiſſe ſubſtitutum vulgariter. Ratio autem dubitan-

di erat, quia ſubſtitutus (quem Iuriſconſultus ibi vocat ſecundum gradum) vltus erat necem teſtatoris, ideo videbatur dicendum eum ſuccedere debere. Contrarium reſpondit textus, nempè, hæredis pœnam, qui priuatus erat hæreditate, propter accuſationem omiſſam, huius, id eſt, ſubſtituti, licèt vindicantis defuncti necem, præmium eſſe non debere.

Vt intelligamus illud reſponſum in hærede, qui iam adiuerat hæreditatem, ratio nos impellit. Etenim iniquum eſſet eum pœna afficere, qui necem teſtatoris vltus non eſſet; ſi eius hæreditatem adire noluerit & contempſerit. Certè ratio non patitur, vt is vlla afficiatur pœna. Nam tanti non æſtimauit hæreditatem, vt accuſationem inſtituere vellet, aduerſus occiſores defuncti. Cùm verò quis hæreditatem adiuit, tunc pœna affici debet ſi non accuſauerit occiſores; quia is iurare debet ſe necem defuncti vindicaturum. Sic & in l. neceſſarias, *l. quanta. §. primo, ff. eodem titul.* non alias reſponſum eſt bona publicari, quam ſi hæres adierit hæreditatem ante quæſtionem de familia habitam, & ſupplicium ſumptum.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod ſi hæres hæreditatem adiuit, iam excluſus eſt ſubſtitutus, vt dictum eſt: ſi verò non adiuit, videtur in fraudem fiſci id factum, & ideo eſt perinde, ac ſi adiuiſſet, *l. non iuſtam. C. ad Trebell.*

Reſpondeo fraudem illam non eſſe præſumendam, *l. qui autem. ff. quæ in fraudem creditor.* Poteſt enim hæres ex alijs cauſis non adire vt patet.

Tertium argumentum eſt ex *l. in ſeruitutem. §. et qui. ff. de bonis libertor.* vbi, ſi patronus indignus efficiatur eam ob cauſam contra tabul. bonorum poſſeſſionem petat, non tamen locus erit ſubſtituto. Reſpondeo, non eſſe locum ſubſtituto, in ea portione, cuius poſſeſſio patrono data eſt, *vt inquit ibi textus.* Et ſic non obſtat: quia nos etiam dicimus, hærede adeunte excludi ſubſtitutum.

Quartum argumentum eſt, quia hæres, qui eſt indignus, facit hæredem alium, nempè fiſcum: Aufert enim ab eo tanquam ab indigno, ergo vulgari ſubſtituto locus non eſt: quia illa conditio ineſt, ſi hæres non erit, quæ tacitè aliam continet, videlicet, vel alium hæredem non fecerit, *l. ſi paterfamil. ff. de hered. inſtit.*

Reſpondeo, illam conditionem, ſi hæres non erit, ita eſſe accipiendam, vel alium hæredem non fecerit, ſcilicet adita hæreditate, & mutata conditione, *vt in d. l. ſi paterfamilias.* Nam ſi hæres ipſe inſtitutus non adierit hæreditatem, alium hæredem facere non poteſt, *l. 3. C. de hered. inſtit.*

Quintum argumentum eſt ex l. recuſare. *§. ſi fiſco. ff. ad Trebellianum.* Sed non pertinet ad rem noſtram. Agitur enim ibi de fiſco compellendo, vt hæreditatem adeat, & fidei commiſſario reſtituat. Non erat in ea ſpecie datus ſubſtitutus vulgariter, quod patet, quia textus dicit bona vacantia fuiſſe, & ideo ad fiſcum delata.

Sextum argumentum eſt ex l. cum fiſco, *ff. ad Syllanian.* Caius: [*Cum fiſco caduca bona defuncti addicuntur propter inultam mortem, &c.*] His verbis patet hæreditatem aditam non eſſe; quia ſi hæreditas adita eſſet, non diceretur caduca.

Reſpondeo, textum illum non loqui eo in caſu, quo ſubſtitutus eſt datus: tunc enim caduca non eſſent bona, ſed pertinerent ad ſubſtitutum. Et caduca dici poſſunt bona, etiam poſt aditam hæreditatem: quia videlicet propter culpam hæredis ad fiſcum deuoluantur, *argument. l. vltim. C. de iure emphyteut.*

Capvt LXV.

Vtrum filius hæres à patre inſtitutus legitimam accipere, & reliquam hæreditatem repudiare poſſit.

Communis & vera ſententia eſt, filium hæredem à patre inſtitutum repudiare non poſſe hæreditatem, legitima retenta. *Vide Bart. & alios Doctores in l. 1. ff. de vulgar. & latè alios referentem Trentacinquium, de ſubſtitutionibus, part. 1. c. 10. num. 24.* Fundamentum eſt ſolidum, quia nemo poteſt hæreditatem pro parte adire, & pro parte repudiare, *l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred.* Ergo neque filius poteſt

poteſt legitimam accipere, quæ eſt tertia pars hæreditatis, vt in Nouella de Triente & Semiſſe, & relinquam hæreditatem repudiare.

Huc accedat, quod aut filius vellet legitimam accipere ſeu retinere tanquam ex teſtamento relictam, aut tanquam ab inteſtato debitam: Si tanquam ex teſtamento, ergo teſtator pro parte teſtatus decederet, & pro parte inteſtatus, contra regulam l. ius noſtrum, *de reg. iuris.* Pro parte teſtatus decederet, quia legitimam ex teſtamento filius haberet: Pro parte vero inteſtat⁹, quia reliquam repudiaret hæreditatem, ſi tanquam ab inteſtato legitimam filius capere velit, non poteſt, quia quamdiu hæreditas ex teſtamento adiri poteſt, ab inteſtato non defertur, *l. quamdiu, 2. ff. de acq. hæred.* & nemo poteſt omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato hæreditatem adire, *vt habetur in titul. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, &c.*

Sed operæ pretium eſt argumenta diluere, quæ pro contraria ſententia adferuntur, quam ſecutus eſt Ludouicus Romanus *in l. 1. ff. de acquirenda hæredit.* & alij, *quos commemorat Trentacinquius loco proxime citato.*

Primum argumentum eſt, quia creditor cui dilata eſt hæreditas, poteſt eam repudiare, & creditum ſuum petere, allegatur l. vt debitum, C. de hæred. actio. quæ hoc non dicit, ſed tamen eſt veriſſima propoſitio. tunc enim fit confuſio crediti, ſi hæreditatem creditor adierit: non autem, ſi eam repudiauerit: Sed filius eſt creditor in legitima, *l. 1. §. ſi impubere, ff. de collationib.* Ergo poteſt legitimam, tanquam ſibi debitam accipere; & hæreditatem repudiare.

Sed omiſſis aliorum reſponſionibus, & ex diſputatione: An filius reſpectu legitimæ dicatur creditor. Reſpondeo, latum eſſe diſcrimen inter filium, cui legitima debetur, & alios creditores. Nam quod alijs creditoribus debetur, Non eſt pars hæreditatis, ſed eſt quid diuerſum ab hæreditate. Quare nihil prohibet, quo minus hæreditate repudiata, creditum ſuum conſequantur, ſed legitima, quæ filio debetur, eſt tertia pars hæreditatis, vel dimidia, pro numero liberorum, iuxta Nouellam, de Triente, & Semiſſe. Ideo non poteſt hæreditatem repudiando, ſaluam habere legitimam: ſic enim pro parte hæreditatem adire poſſet, & pro parte non adire, quod eſt abſurdum.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, immo legitimam eſſe partem bonorum, non autem hæreditatis, quod ex eo manifeſtum eſt: quia deducitur in primis æs alienum in ea ſupputanda, *l. Papin. §. 4. ff. de inoffic. teſt.* & bona dicuntur, quæ ſuperſunt deducto ære alieno, *l. ſubſignatum, bona, ff. de verb. ſign.*

Item reſpondent, legitimam iure hæreditario deberi filio, & in ea eſſe inſtituendum hæredem, *vt in §. Aliud quoque capitulum, in Authent. Vt cum de appellatio. cognoſcitur, &c.* ſcilicet, ſi hoc ipſum vtile ſit filio, non autem, ſi præiudicium afferat, vt in caſu iſto: quia non poſſet legitimam habere, niſi totam hæreditatem haberet. Nam quod fauore introductum eſt, in odium retorqueri non debet, *l. quod fauore, C. de legibus.*

Ad iſta replicari poteſt, legitimæ quidem rationem ita eſſe ineundam, vt deducatur æs alienum, ſed non inde infertur, eam non eſſe partem hæreditatis. Nam hæreditas nihil eſt aliud, quam ſucceſſio in vniuerſum ius defuncti, *l. nihil aliud. ff. de verborum ſignificat.* Et legitima eſt tertia pars, vel dimidia dictæ ſucceſſionis, adeo vt cum filius tertiam partem ſubſtantiæ habet, tunc dicatur legitimam habere: & ſic effectu ſuccedit, filius in tertia parte. Quanta vero ſit pars illa legitimæ, hoc eſt, quanti æſtimari debeat, intelligi non poteſt, niſi deducto ære alieno: illud enim minuit defuncti ſubſtantiam, vt patet.

Quod vero dicebatur, in fauorem filij conſtitutum eſſe, vt debeat inſtitui in legitima, & ideo non eſſe retorquendum in odium: nihil mouet: quia iſtud eſt ex natura rei, nec enim poteſt hæres eſſe pro parte, & pro parte non. Sicut nec valeret argumentum, ſi quis diceret, non teneri

filium hæredem inſtitutum ad ſoluendum æs alienum defuncti: quia id ei præiudicat, & in fauorem filij conſtitutum eſt, vt hæres inſtitui debeat. Hoc enim ſequitur ex eo, quod hæres inſtitutus eſt, vt æs alienum teneatur ſoluere: nec vlla ratio habetur fauoris filij: quia eſt onus coniunctum rei.

Secundum argumentum eſt, quoniam filius denunciando hæreditati non intelligitur renunciare legitimæ, ſed requiritur ſpecialis renunciatio, *l. ſi quando, §. & generaliter, C. de inoffic. teſtam.* ex quo videtur inferendum, filio ſaluam remanere legitimam, quamuis hæreditati renunciet.

Reſpondeo, nec textum illum id probare, quod aſſumitur, nec recte inferri poſſe, quod infertur. Hoc dicit ille textus: Filium, qui defuncti iudicium ſimpliciter agnouit & approbauit, non idcirco excludi, quo minus legitimam petere poſſit, niſi ſpecialiter legitimæ renunciauerit. De renunciatione hæreditatis nullum verbum in ea lege. Non recte autem illud infertur: quia vt maxime verum eſſet, filium renunciantem ſimpliciter hæreditati, non videri legitimæ renunciare; non tamen efficitur, filium ipſum renunciare poſſe hæreditati, retenta legitima. Hæc penitus diuerſa ſunt, an filius poſſit hæc facere, an vero vnum faciendo, videatur & alterum facere. Sic enim dicere poſſemus, filium quidem renunciando hæreditati, non videri legitimæ renunciare: ſed tamen non poſſe ita hæreditati renunciare, vt legitimam retineat.

Tertium argumentum eſt, quia ſi non liceret filio legitima retenta renunciare hæreditati, is legitima priuari poſſet ſub ea conditione, ſi videlicet hæreditati renunciaret, quod abſurdum eſſe videtur.

Reſpondeo, abſurdum nō eſſe, ſicut nec abſurdum eſt, vt ſi quis hæreditatē pro parte adire non poſſit, & pro parte repudiare *l. 1. & 2. ff. de acq. hæred.*

Quartum argumentum eſt, quia omne grauamen, & omne onus, & conditio legitimæ adiecta reijcitur à lege, & pro non ſcripta habetur, *l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtament.* Ergo & illud grauamen, de quo agitur, eſt reijciendum: vt nimirum filius legitimam ſuam conſequi non poſſit, niſi hæreditatem acceptet.

Reſpondeo, illud non eſſe grauamen aliquod legitimæ adiectum, ſed iuris eſſe præclaram & iuſtam conſtitutionem, qua cauetur, neminē poſſe pro parte adire hæreditatem, & pro parte repudiare: quia hæreditas eſt indiuidua, & nemo poteſt pro parte decedere teſtatus, & pro parte inteſtatus, & pro parte hæredem habere, & pro parte non habere. Sic enim pro parte defuncti perſona repræſentaretur, pro parte non. Item, onera hæreditaria pro parte ſubirentur, pro parte non ſubirentur, induceretur que maxima confuſio & iniquitas, quam legum autores magnopere conati ſunt euitare.

Caput LXVI.

Vtrum teſtamentum vires aſſumere poſſit à ſubſtitutione vulgari tacita, quæ in expreſſa pupillari continetur, pupillo poſt mortem teſtatoris decedente ſine aditione.

INter omnes conſtat teſtamentum vires ex ſubſtitutione vulgari expreſſa aſſumere, ex *l. 3. §. vlt. de lib. & poſthum. l. 2. C. de hæred. inſtit. l. vnica, §. in primo, & § in nouiſſimo. C. de cad. tollen. l. Thau, §. Spendophor. ff. de fideicom. lib.* Sed vtrum etiam ex tacita, quæ in expreſſa pupillari continetur, non eſt eadem omnium ſententia. Affirmant aliqui, alij negant, *vt videre licet ex commentarijs Ripæ, ad l. 1. ff. de vulg. & pupil. nu. 162. Vaſquio de Succeſſ. progreſſ. li. 2. §. 2. n. 22. & 23. Corneo in conſ. 1[illegible]9. nu. 24. lib. 2. Alexandro Trentacinq. de Subſtitut. part. 1. c. 10. nu. 14. & ſeq. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 5. n. 7. & ſeq.* Ego vero ſic ſtatuo, neutram opinionem aliqua lege probari. Adferuntur enim pro ſententia affirmante, l. neq; enim. §. vltim. ff. de milit. teſtam. & l. ſi pater filium ff. de vulg. & pupillari. quæ quidem leges de tacita hac vulgari, quæ in expreſſa pupillari continetur nullam faciunt mentionem. Rurſus pro negante adferuntur, l. ita tamen, §. à parte, ff. ad

Tre-

Trebel. & l. apud Iulianum, §. idem Iulian. ff. eod. tit. quę prorſus nihil ad rem dicunt, quamobrem ratione aliqua ex legibus petita, hanc quæſtionem decidi oportet. Illa vero hæc eſt: In expreſſa pupillari ſubſtitutione tacite vulgaris continetur, ex iuſta quadam interpretatione voluntatis defuncti. Nam ſi ſubſtitutum ſuccedere filio ſuo adeunti hæreditatem, & in pupillari ætate morienti voluit: creditur etiam voluiſſe eundem ſuccedere filio non adeunte. Eſt enim eadem ratio, & hæc eſt coniectura voluntatis lege approbata, *iuxta l. iam hoc iure, ff. de vulgar.* Ergo ſi pupillus non adierit, nihil prohibet, quo minus ſubſtitutus ſuccedat: is enim intelligitur eſſe in eum caſum ſubſtitutus, quo filius hæres non erit. Atqui hæres non eſt, vt in quæſtione propoſita, ergo ſubſtitutus admittendus eſt. At contra ſubſtitutio pupillaris hæreditate non adita vitiatur, *l. 2. § adeo. ff. de vulgar.* ergo & tacita vulgaris in ea comprehenſa.

Reſpondeo, negando conſequentiam: Si enim locum haberet, expreſſa pupillaris, euaneſceret vulgaris ſubſtitutio tacita: quod tamen nemo dixerit, Immo vero tacita vulgaris, quæ ineſt, ita demum effectum habet, ſi pupillus non adierit: quia hoc velle teſtator intelligitur, vt ſubſtitutus admittatur vtroque in caſu: in eo ſcilicet, quo expreſſus eſt, ſi impubes deceſſerit, & in altero, ſi hæres non erit: quare vulgaris hæc tacita, licet inſit in pupillari, non tamen ab ea ſic pendet, vt pupillari vitiata, ipſa quoque euaneſcat. Valeat ergo illud generale brocardicum: Vitiato expreſſo, vitiatur tacitum, *l. ſi ſponſus. §. 1. ff. de donat. inter virum & vxor.* & ſi brocardicis agendum eſt: huc afferatur illud, Vitiato expreſſo, nõ vitiatur tacitum æque principale, *l. fideiuſſor, & ibi Bart. de leg. 1.*

Capvt LXVII.

Vtrum idem ſit ſtatuendum quod in præcedenti capite concluſum eſt, ſi filius ante patrem teſtatorem deceſſerit.

Exiſtimo etiam in ea ſpecie teſtamentum à vulgari tacita, quæ in pupillari expreſſa ſubſtitutione continetur, vires aſſumere, qua deceſſit ante pupillum teſtator. Et ratio mea eſt: quoniam lex ita illam ſubſtitutionem interpretatur, ac ſi teſtator dixerit, filium meum hæredem inſtituo, & ſi hæres non erit, vel hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, Titium ſubſtituo: Sic enim fieri ſolet ſubſtitutio pupillaris, *l. 1. ff. de vulg. & pupil.* Ergo ſi pupillus hæres non fuerit, ſubſtitutus erit hæres. Sed decedente ante teſtatorem pupillo, non eſt hæres pupillus, vt patet, ergo ſubſtitutus erit hæres. Euenit enim caſus ſubſtitutionis, vt Doctores loquuntur. Quamobrem ne teſtamentum ſit in cauſa caduci, plane dicendum eſt illud valere, & ab ipſa ſubſtitutione robur accipere, *atque ita docuerunt Alexand. in l. 1. nu. 32. ff. de vulgar. Socin. ibid. nu. 36. Iaſon nu. 59. Ferdinand. Vaſq. alios citans, de Succeſſionum creatione, lib. 3. § 21. num. 242.*

Contrariam ſententiam habuerũt multi ex antiquis interpretibus, *in dicta leg. 1. ff. de vulgar. & præter eos Angelus in conſil. 40. Reperitur inter liberos. Oldradus in conſil. 20. Quidam hæres. Fridericus Senenſis in conſil. 266. Reſcribatis mihi. Bald. in conſil. 151. in 4. volum. & 170. lib. 5.*

Fundamentum eſt præcipuum in l. quod ſi filius, ff. de captiuis & poſtlim. reuerſ. Papinianus: [*Quod ſi filius ante moriatur in ciuitate, nihil eſt quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, &c.*] Si moriente filio ante patrem, de ſecũdis tabulis, id eſt, de pupillari ſubſtitutione tractari non poteſt: ergo nec de vulgari, quæ ineſt, ac tacite intelligitur in ea comprehendi. Reſpondeo, non poſſe tractari de ſecundis tabulis in eum finem, vt locus ſit pupillari ſubſtitutioni: Illa enim locum habet, ſi prius pater decedat, deinde filius in pupillari ætate: ſed quantũ ad vulgarem attinet, illa mortuo ante teſtatorem impubere locũ habebit, quamobrem de illa text. non loquitur: neque enim vulgaris ſubſtitutio nomine ſecũdarum tabularum venit, cum per eam nõ pupillo ſuccedatur,

ſed

ſed teſtatori. Nec bona eſt collectio. Vitiatur pupillaris ipſa ſubſtitutio, ergo & vulgaris, quæ illi ineſt. Nam non ita ineſt, vt ab ea dependeat, vel acceſſionj vicem ſuſtineat, ſed vt principalis & ipſa ex legis interpretatione conſiderari debeat, quaſi duo hæc voluiſſe teſtator videatur: vnum, vt moriente filio hærede intra pubertatem ſubſtitutus eſſet hæres. Alterum, vt filio hærede non exiſtente ſuccederet ſubſtitutus. Ideo non ſi vnum ex his vitiatur, idcirco alterum vitiari debet.

Cæterum Bartol. *in Commentariis d.l.1.nu. 32.ff.de vulg.* illam diſtinctionem adhibuit: vt ſi quidem teſtator filio defuncto mutare potuit teſtamentum, & non mutauit, tunc vulgaris ſubſtitutio euaneſcat, ſecus ſi mutare non potuit, vt quia ſtatim & ipſe mortuus eſt, vel cauſam non mutandi habuit, quia forte exiſtimauit filium ſuum viuere: tunc enim locus erit ſubſtituto. *Sequuntur eandem ſententiam Ripa, in eodem loco, n.167. Corn.conſil.207.lib.1. Caſtrenſ.in conſil. 13.lib.1.*

Fundamentum eſt primo in leg. tractabatur, ff.de milit.teſtament. vbi eadem diſtinctio adhibetur, & in l.3.C.de inoffi. teſtament. Reſpondeo, latum eſſe inter hæc diſcrimē, & quæſtionem propoſitam. Nam quod attinet ad l.tractabatur, agitur ibi de fideicommiſſo, quod ab hærede reſtituendum erat: & quoniam illud deficit, ſi hæreditas non adeatur, ideo, vt ſuſtineatur, coniecturā voluntatis opus eſt: illa vero eſt, quoties hæres moritur ante aditam hæreditatem, ignorante id teſtatore, vel poſt mortem teſtatoris ipſe hæres moritur, priuſquam hæreditatem adierit: tunc enim quia teſtator non habet cauſam teſtamentum mutandi, intelligitur hoc velle, vt hæreditas reſtituatur per fideicommiſſum, ſi fuerit adita: ſi vero adita non fuerit, vt ſit locus ſubſtituto. At in quæſtione noſtra tali coniectura non eſt opus: quoniam ipſa vulgaris ſubſtitutio ſuum obtinet effectum per mortem filij ante teſtatorem. Tunc enim cum heres ille non ſit, ideo ſubſtitutus hæres erit, quemadmodum teſtator ab initio deſignaſſe, ac voluiſſe intelligitur.

Quod vero attinet ad l.3. C. de inoffic. teſtament. vbi perpendit textus, matrem mutare potuiſſe teſtamentum ad effectum, vt filium, quem viuere ſciebat, & non inſtituerat, præteriјſſe intelligeretur, quæ res cum quæſtione hac noſtra commune nihil habet.

Capvt LXVIII.

Vulgaris ſubſtitutio ſeparatim facta perſonis impuberibus, an contineat tacitam pupillarem.

Si vno ex filijs impubere, altero impubere exiſtente eos pater inſtituat, atque inuicem ſubſtituat, certum eſt, vulgari tantum, non etiam pupillari ſubſtitutioni locum eſſe: incongruum enim eſſet, vt in altero duplex ſubſtitutio intelligeretur, in altero autem vna tantum vulgaris, *leg. iam hoc iure, ff. de vulgar.* Cæterum, ſi ſeparatim ſubſtitutio fiat, verum idem reſpondendum ſit, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim Doctores Vltramontani *in l. quamuis, C. de impub. & aliis ſubſtit.* idem iuris eſſe dixerunt, nec non Cynus *ibid.* & hanc ſententiam veriorem videri dicebat Ripa *in l. 1. num. 170. ff. de vulgar.* Sed contrarium Itali Doctores omnes docuerunt *in dicta l.1. ff de vulgar.* vt Ripa teſtatur *loco proxime citato, & Alexan. Trentacinquius de ſubſtitutionib. part.1. c. 11. nu.5.* quibus adſtipulatur etiam Zaſius *de ſubſtit. in prin. tractatus, in 6. effectu vulgaris ſubſt. limit.5.* nec non & Duaren. *in commentariis ad tit. de ſubſtit. c. de effectu vulgaris ſubſtit.* Et iſtis ego aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex d.l. iam hoc iure, ff. de vulgar. illis verbis: [*Hoc itaq; caſu ſingulis ſeparatim ſubſtituere pater debebit: vt ſi pubes heres non extiterit, impubes ei ſubſtituatur. Sin autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, pubes frater in portionem coheredis ſubſtituatur, quo in caſu in vtrumq; euentū ſubſtitutus videbitur, ne ſi vulgari modo impuberi q[illegible] ſubſtituat, voluntatis quæſtionem relinquat, vtrum de vna vulgari tantummodo ſubſtitutione in vtrinq; perſona*

perſonæ ſenſiſſe intelligatur, ita enim in altero vtraque ſubſtitutio intelligitur, ſi voluntas parentis non refragetur, vel certè euitandæ quæſtionis gratia ſpecialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituat fratrem, &c.

Nec quicquam mouet argumentum Gallorum in eo poſitum, quòd videatur incongruum eſſe, vt in perſona vnius duplex locum habeat ſubſtitutio, in perſona verò alterius vna duntaxat. Et hæc ratio legis locum habeat, ſiue coniunctim, ſiue ſeparatim, ſubſtitutio fiat. Nam, vbi ſeparatim fit ſubſtitutio, quælibet ſeruat ſuam naturam: Et ideo cùm impubes puberi ſubſtituitur, intelligitur eſſe ſubſtitutus in caſum vulgaris ſubſtitutionis tantùm; ratio eſt: quia vulgaris ſubſtitutio tunc continere non poteſt tacitam pupillarem; cùm ille, cui ſubſtitutio fit, ſit pubes. Cùm verò pubes impuberi ſubſtituitur, intelligitur ſubſtitutus in caſum pupillaris ſubſtitutionis: Et quoniam pupillaris ſubſtitutio vulgarem tacitè continet, hinc fit, vt & in caſum vulgaris ſubſtitutus eſſe videatur.

Nil moratur etiam, quod reſpondetur ad textum qui pro Italorum opinione affertur, nempè Iuriſconſultum loqui quando ſeparatim ſubſtitutio fit pupillaris ipſi impuberi filio, non autem cùm vulgaris fit ſubſtitutio, vt patet ex illis verbis text. [*Sin autem impubes hæres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, &c.*] Et rurſus ex illis verbis: [*Ne ſi vulgari modo impuberi quoque ſubſtituat, &c.*] Quibus verbis ſignificare videtur aliter eſſe conſtitutum, ſi impuberi fiat vulgaris ſubſtitutio.

Reſpondeo, in eo textu tria contineri. Primum, illud de pupillari ſubſtitutione ſeparatim facta impuberi, quòd vulgarem contineat, & iſtud non facit ad rem. Alterum, de vulgari, nempè, ſi impuberi ſeparatim ſubſtituat teſtator vulgari modo, voluntatis quæſtionem fore. Et iſtud ad rem noſtram pertinet, quia non dicit text. voluntatis futuram quæſtionem abſolutè: quaſi videlicet tunc vulgaris pupillarem non contineat, niſi appareat eam fuiſſe mentem ac voluntatem teſtatoris: ſed text. dicit relinqui poſſe voluntatis quæſtionem, quia ex coniecturis aliquibus dubium eſſe poterit, an teſtator voluerit tacitam pupillarem in vulgari, contineri, vt patet ex verbis ſequentibus: [*Ita enim in altero vtraque ſubſtitutio intelligitur, ſi voluntas parentis non refragetur.*] Quibus verbis indicat Iuriſconſ. pupillarem tacitam comprehendi quidem in vulgari ſeparatim facta: ſed tamen quæſtionem oriri poſſe voluntatis teſtatoris: & ideo ſubdit tertium, nempè ad euitandam voluntatis quæſtionem, conſultum eſſe ſpecialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituere.

Capvt LXIX.

Quid ſi duobus impuberibus ſeparatim ſubſtitutio fiat, vni vulgaris, alteri pupillaris, an tunc vulgaris contineat pupillarem.

SED rurſus controuerſia eſt. Ambo filij ſunt impuberes, alterum alteri ſeparatim teſtator ſubſtituit, ſed non eodem modo. Nam vnum alteri vulgari modo ſubſtituit. Alterum verò pupillariter, vtrum in ſubſtitutione vulgari contineatur pupillaris? Affirmant Alexander *in l. iam hoc iure, numer. 7. ff. de vulg.* & Socin. ſen. *in l. 1. num. 8. verſic. 10. & vltimo limita. ff. eodem tit. poſt Gulielm. Cunium, quem citant.* Negant Ripa, *in d. l. 1. ff de vulgar. num.* 121. & Alex. Trentacinq. *de ſubſtitutionibus part. c.* 11. *numer.* 6. Et hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior eo argum. quòd ſubſtitutio facta in altero caſu, in vtroque caſu facta intelligitur, ſi voluntas parentis non refragetur, *vt inquit Iuriſconſ. in l. iam hoc iure. ff. de vulgaribus.* Sed hic refragari videtur; quia in vnius perſona paterfamilias vulgari modo ſubſtitutionem fecit, in alterius verò perſona pupillariter ſubſtituit: Si enim voluiſſet in vtriuſque perſona locum eſſe pupillari etiam ſubſtitutioni, facilè potuiſſet exprimere ſicut in alterius perſona expreſſit, cùm non expreſſerit nec voluiſſe præſumitur, *argum. leg. vnica, §. ſin autem ad deficientis, Codic. de cad. tollend.*

Pro contraria ſententia adferri ſolet text. *in d. l. tam hoc iure. ff. de vulgar.* quatenus ibi in vtrumque caſum factam intelligi ſubſtitutionem, ſi ſeparatim fiat, Iuriſconſult. reſpondit, licèt in perſona vnius vulgarem tantummodo ſubſtitutionem fecerit. Sed hoc teſtimonium nihil valet, quia in ea ſpecie Iuriſconſult. loquitur, in qua vnus filiorum erat pubes, alter verò impubes; & conſequenter non potuiſſet teſtator; etiamſi voluiſſet, pupillarem ordinare ſubſtitutionem in perſona vtriuſque, ſed duntaxat in perſona impuberis; cum impuberibus, non autem puberibus pupillariter ſubſtitui poſſit.

Caput LXX.

An vulgaris ſubſtitutio contineat pupillarem, ſi ſtatuto municipali cautum ſit, verba in teſtamentis accipienda eſſe ad literam, prout iacent, abſque vlla interpretatione.

Controuertitur præterea, ſi à lege municipij caueatur, vt teſtamenta ad literam, prout iacent, intelligantur, vtrum vulgaris ſubſtitutio contineat pupillarem. Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Vna, continere. Fundamentum eſt; quia eiuſmodi Statutum non cenſetur omnem interpretationem reijcere, ſed tantùm friuolam & cauillosam, non autem iuſtam & legitimam, *ita docent Innocentius in c. Raynutius, de teſtament. Ripa, in l. 1. numer. 172. ff. de vulgar. & alij quos commemorat Simon Pratus de interpretatione vltim. voluntat. lib. 1. interpret. 1. dub. 1. ſolut. 4. num. 8.*

Secunda eſt opinio, non continere, eo nixa fundam. quod litera dicatur, quæ legi poteſt oculis corporeis, non autem, quæ ex coniecturis intelligi poteſt, *argument. l. 1. §. 1. ff. de his quæ teſtam. delen. l. 1. ff. ſi tabul. teſtam. extab. c. exijt. §. pen. de verb. ſin. lib. 6. ita docent Bald. & Alex. in l. precib. C. de impub. & alijs ſubſtit. Iaſ. in l. tam hoc iure. ff. de vulgar. & l. quamuis, C. de impu. Corn. in conſil. 14. num. 8. & 224. num. 2. lib. 3. Alex. Trentacinq. de ſubſtit. part. 1. c. 2. num. 8. Simon Pratus, loco proximè citato.*

Tertia eſt opinio diſtinguens in hunc modum. Aut ſtatutum reijcit ſimpliciter omnem interpretationem, & mandat teſtamentum intelligi, prout verba eius iacent, & tunc vulgaris continet pupillarem; quia non videtur iuſta interpretatio reiecta: Aut verò mandat ad litteram intelligi, & tunc ſecùs. *Ita Socin. ſenior in d. l. 1. colum. 50. ff. de vulgar. Trentacinq. vbi ſuprà num. 7.*

Ego ſanè hic video magnam difficultatem: Nam verba Statuti locum habere non poſſunt, niſi iuris lædatur diſpoſitio, ac iuſta interpretatio. Rurſus, locus eſſe non poteſt iuſtæ interpretationi, niſi lædantur verba Statuti. Si ſtatuto ſit locus, vt iacet, lites multæ ceſſabunt, quæ ex ſubtili Doctorum interpretatione ſuſcitantur: neque enim diſputationi locus eſſe poterit, ſed è contrario illud incommodum naſcetur, quia omnis iuſta interpretatio ſublata erit & conſequenter contra ius, contra rationem & æquitatem ſæpè iudicabitur. Quis ergo iuriſprudentiæ profeſſor atque amicus præferenda eſſe ſtatuti verba rectæ rationi, æquitati, iuſtitiæ, exiſtimauerit? Adde quod ſtatutum eiuſmodi non valebit tanquam iniuſtum, *c. erit autem lex, 4. diſt.* Quod ſi lites in Repub. naſcentur ex nimia Iuriſconſultorum ſubtilitate, id verò non legibus ſed hominibus adſcribendum erit, quorum varia & curioſa ingenia intra iuris ac iuſtitiæ cancellos continere, ita, vt nullus ab ea diſcrepet, nullus alteri negotium faceſſat iniuſtè, nulla vnquam legum quantumuis iuſtiſſimarum forma, nulla Principum ac magiſtratuum cura & vigilantia obtineri poterit, ſed vnius Dei beneficio & gratia.

Caput LXXI.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio filio facta tollat ſuitatem.

Paulus ſcribit in l. 11. ff. de liber. & poſtumis, [*In ſuis heredib. domini continuationem eo rem perducere, vt nulla videatur hereditas fuiſſe quaſi olim hi domini eſſent, qui etiam viuo patre*

patre quodammodo domini exiſtimabantur. Itaque post mortem patris non hæreditatem percipere videntur, ſed magis liberam bonorum administrationem conſequuntur.] Atque hæc eſt ſuitas & cauſſa cur filij appellentur hæredes ſui, *vt declarat Iuſtinianus in* §. *ſui, in Inſtitut. de hæredum qualitat. & different.* Iam igitur eſt controuerſia, vtrum effectus ille ſuitatis, atque adeò ſuitas, ex ſubſtitutione vulgari filio facta, ſublata eſſe intelligatur: Et quidem affirmarunt multi ſublatam eſſe, multis adductis legibus, quæ hoc non dicunt, nec argumentum vllum ſolidum, ex quo id probetur, præſtant, quam ob cauſſam eas conſultò prætermitto; neque enim otioſe perſequi ſoleo ea, quæ prolixam quidem, ſed parùm vtilem diſputationem requirunt.

Exiſtimo tamen per vulgarem ſubſtitutionem tolli ſuitatem illam, de qua diximus, hoc argumento; Cùm pater filio hæredi inſtituto alium vulgari modo hæredem ſubſtituit, hoc vult atque declarat, vt ſi filius hæres inſtitutus vel nolit, vel non poſſit hæres eſſe, alius, quem ſubſtituit, hæres exiſtat: ergo in conſequentiam vel filium hæredem eſſe, ſi voluerit; quia ſi nolit, alium ſubſtituit. Hæc autem res ſuitati, de qua diximus, maximè repugnat: illa enim hunc operatur effectum, vt filius ipſo iure hæres eſſe intelligatur, & hæreditas in eum continuari videatur, cui argumento reſpondere oportebat Tholoſanum *in Syntagmate, lib. 42. cap. 13. numer. 3.* ſicut alijs reſpondit argumentis. Quamobrem affirmanti huic ſententiæ calculum præbeo, quam amplexi fuêre Bartol. Angel. Imola, Alex. & Iaſ. *in l. ſi filius hæres, ff. de liber. & poſthumis. Soc. in l. 1. num. 47. ff. de vulg. & in conſil. 20. numer. 18. lib. 1. Gulielmus Benedictus alios citans in c. Rainutius, de teſtament. in verbo, Mortuo itaque, 2. num. 190. & Alexand. Trentacinquius, de ſubſtitutionibus, parte 1. cap. 14.*

Contrariæ ſententiæ argumenta ſic diluimus. Primum argumentum ex l. Papin. §. *quarta, ad finem. ff. de inoff. teſtam.* in illis verbis: [*Niſi fortè hic filius, ſi non fuit in poteſtate patris, à patre hæres inſtitutus, meritò omittet hæreditatem, & ad ſubſtitutum tranſmittens querelam inofficioſi teſtamenti inſtituet, &c.*] Argument. à contrario ſenſu ſumitur: quia ſi filio emancipato data videtur eſſe poteſtas omittendi hæreditatem ex eo, quod fuit à teſtatore alius vulgariter ſubſtitutus, argument. eſt, ſecùs eſſe in filio conſtitutum: qui ſit in poteſtate patris.

Reſpondeo, non dicit textus, datam fuiſſe poteſtatem filio emancipato omittendi hæreditatem ex eo, quòd datus ei fuerit ſubſtitutus. Habet enim emancipatus facultatem omittendi hæreditatem, vtpote iuri ciuili non cognitus, nec vocatus, §. *emancipati, in inſtitut. de hæred. quæ ab inteſt. defer.*

Secundum eſt ex l. ſi ſolus, *ff. de acquir. hæred.* ſed nihil valet hoc argumentum; nihil enim aliud dicit, niſi ſi ſolus hæres ex pluribus partibus quis inſtitutus fuerit, vnam partem omittere non poſſe, nec intereſſe, in quibuſdam habuerit ſubſtitutum, necne, meritò; neque enim licet vnam partem hæreditatis accipere & aliam repudiare, *leg. 1. & 2. ff. de acquiren. hæredit.* quæ res nihil cum quæſtione noſtra commune habet.

Tertium argumentum eſt ex l. Lucius, *ff. de vulgar.* ſed reſpondetur, in ea ſpecie aditam fuiſſe hæreditatem infantis nomine, ideo vulgaris ſubſtitutio expirat, & filio impubere defuncto ad matrem eius pertinet ſucceſſio. Id patet; quia Iuriſconſultus ibi quærit, an ea ſubſtitutio comprehendat tantum vulgarem, an verò etiam pupillarem; Et dicit pupillarem non contineri. Et ideo non ad ſubſtitutum, ſed ad matrem legitimi filij hæreditatem ab inteſtato pertinere.

Quartum argumentum eſt ex l. quod ſi minor, §. *Scæuola, ff. de minorib.* quatenus ibi Iuriſconſult. de filio in poteſtate loquens, cui datus erat ſubſtitutus, præſupponit eum poſſe omittere hæreditatem. Nam ſi ſuitas eſſet ſublata, non diceretur omittere, ſed repudiare hæreditatem. Reſpondeo, etiam extraneo congruere illud verbum omiſſionis hæreditatis, vbi per negligentiam non adiuit, *l. prima, §. vltimo, ff. vt in poſſeſſ. leg.*

Poſtremum argumentum eſt ex l. vltim. *de conditio. inſtitut.* quæ lex ideo non offendit ſententiam noſtram; quia loquitur de filio inſtituto ſub conditione poteſtatiua, quæ ſola per ſe ſuſpendit ſuitatem, vt benè declarat Trentacinquius *loco annotato in reſponſione ad vltimum argumentum.*

CAPVT LXXII.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio pluribus facta copulatiuè vno adeunte expiret.

TESTATOR duobus hæredibus inſtitutis, Titio & Caio, vulgarem adiecit ſubſtitutionem in hunc modum; Si Titius & Caius hæredes non erunt, Sempronius hæres eſto. Alter eorum hæredum adiuit, alter repudiauit hæreditatem; quæritur an ſubſtitutus admittatur ad portionem repudiantis. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Altera eſt, non admitti. *Ita Bartolus, ad legem 1. numer. 48. ff. de vulgar. & eodem in loco Ripa, numer. 188. Ruinus in conſil. 52. lib. 3. & alij, quos refert & ſequitur Trentacinquius de ſubſtitut. part. 1. cap. 17.*

Adferuntur hæc argumenta. Primum eſt ex l. *quamuis, C. de impube. & alijs ſubſtitut.* illis verbis: [*Cùm tamen proponas ita ſubſtitutionem factam eſſe, ſi mihi Firmianus filius & AElia vxor mea (quod abominor) hæredes non erunt, in locum eorum Publi. Firmianus hæres eſto. manifeſtum eſt in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo vtrique hæredum ſubſtitui potuit.*]

Sed re vera nihil probat ille textus. Eſt enim ſenſus; ſubſtitutionem factam videre in eum caſum, qui non ſolùm impuberi filio, ſed etiam vxori conuenire poſſit, & conſequenter in eum caſum, quo filius impubes, & teſtatoris vxor hæredes non eſſent. Vtrum autem neceſſe ſit, vt ſubſtituto ſit locus, vtrunque hæreditatem repudiare, non declarat ille textus: Hoc enim tantum vult, ſubſtitutionem illam non porrigi ad eum caſum, quo filius impubes hæres eſſet, & in pupillari ætate decederet, licet alias regulariter porrigatur, vt ex verbis text. quæ præcedunt, patet. Sic enim habent: [*Quamuis placuerit ſubſtitutionem impuberi, qui in poteſtate teſtatoris fuerit à patre factam, ita: Si hæres non erit, porrigi ad eum caſum, quo poſteaquam hæres extitit, impubes deceſſit, ſi modo non contrariam defuncti voluntatem extitiſſe probetur. Cùm tamen proponas, &c.*]

Secundum argumentum eſt ex leg. quidam teſtamento, *ff. de vulgarib.* ibi: [*Eam videri voluntatem patrisfamilias fuiſſe, vt tertio gradu ſcriptos hæredes ita demum ſubſtituerit, ſi tota hæreditas vacaſſet, &cæt.*] Cæterùm, ex verbis, quæ ſtatim ſequuntur, apparet, id non ea ratione fieri, quo ad ea ſit natura ſubſtitutionis hoc modo factæ, ſed quia teſtator plures quàm duodecim vncias inter ſubſtitutos diſtribuiſſet. Sic enim verba ſequentia habent: [*Idquè apparere euidenter ex eo, quod plures, quàm duodecim vncias inter eos diſtribuiſſet, & idcirco, &c.*]

Tertium argumentum eſt ex eo, quòd ea ſit natura coniunctiuę orationis, vt concurſus vtriuſque requiratur, *l. ſi quis ita, ff. de verbor. obligat.* Scæuola: [*Si quis ita ſtipulatus fuerit: decem aureos dabis, ſi nauis venerit, & Titius Conſul factus ſit, non alias dabitur, quam ſi vtrunque factum ſit.*] Sed in verborum obligatione, quæ ſtrictè accipienda eſt, argumentum hoc procedit, conſiderata ipſorum verborum natura.

Altera eſt ſententia, quam & ipſe probabiliorem eſſe iudico, quo ad repudiantis partem ſubſtituto locum eſſe. *Ita Alex. in l. quidam teſtamento, ff. de vulg. Iaſon in l. 1. numer. 67. ff. eod. tit. Politus de ſubſtitut. in materia vulgaris, quæſt. 25.*

Fundamentum eſt ex l. falſa, §. *vltim. ff. de condit. & demonſtrat.* & in l. hæredes mei, §. *cùm ita, ff. ad Trebellian.* ex quibus legibus Doctores dicunt; Pluralem orationem in ſuas reſolui ſingularitates. Et quamquam non deſit reſponſio ſi quis diſputare velit: Videtur tamen mihi pro hac ſententia magnoperè pugnare voluntas teſt[illegible]is. Si enim is voluit ſubſtitutum ſuc[illegible]dere vtrique hæredi, ſi vterque repudiaſſet: videtur etiam voluiſſe alteri tantùm eum

ſucce-

ſuccedere, ſi alter repudiaſſet, quam coniecturam etiam Iuriſconſultus perpendit in ſpecie d. §. cum ita. Et cum in conditionibus primum locum ſibi vendicet teſtatoris voluntas, *l. in conditionibus primum, ff. de condit. & demonſtrat.* nihil me moratur verborum natura, quæ vtriuſque hæredis repudiationem exigunt, quoniam in his magis voluntas ſpectari debet, quam verba. Et ideo ad regulam, quæ adfertur ex l. ſi quis ita, *ff. de verb. obligat.* reſponſio patet. Procedit enim illa ſecundum verba, non ſecundum mentem, vt dictum eſt.

Capvt LXXIII.

Verum minore adeunte hæreditatem, & aduerſus aditionem in integrum reſtituto, vulgaris ſubſtitutus admittatur.

Exiſtimo veram eſſe communem Doctorum ſententiam, quæ docet, ſubſtitutum vulgarem admittendum eſſe quoties inſtitutus hæres adiuit, & tanquam minor aduerſus aditionem reſtitutus eſt. Hæc eſt enim in integrum reſtitutio, in priſtinum ſtatum repoſitio, *l. quod ſi minor. §. Reſtitutio, ff. de minorib. & tradunt omnes, teſte Oddo ex communi ſententia, de reſtit. in integrum, parte 1. quæſt. 1. art. 4.* Ergo eſt perinde, ac ſi hæres non adierit, & conſequenter ſubſtitutus ſuccedit. Quamobrem Iuriſconſultus Scæuola, ex abſtenſione pupillæ præſupponit hæreditatem ad ſubſtitutum perueniſſe, licet illa prius adiuiſſet, in l. ex contractu, ff. de re iudic. *Ex contractu paterno* (inquit) *actũ eſt cum pupilla tutore autore, & condemnata eſt,* (infertur ex hoc aditam fuiſſe hæreditatẽ) *poſtea tutores abſtinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad ſubſtitutum, vel ad cohæredes peruenerunt, &c.*]

Ad contrariam ſententiam Duaren. tuetur *in commentariis ad Tit. ff. de vulg. & pupillari ſubſtitutione, in cap. de effect. vulgaris ſubſtitutionis,* autoritate l. ait prætor. 7. §. ſed Papinianus. ff. de minor. [*Species* (inquit Duarenus) *tractata eſt in eo loco de ſeruo ſubſtituto. Quæſtio eſt de eo, qui minorem viginti quinq. annis inſtituit & ei ſubſtituit ſeruum, qui eſt neceſſarius hæres. Proponitur minorem, qui inſtitutus eſt in primo gradu, adiiſſe hæreditatem: deinde impetrata reſtitutione in integrũ eã repudiaſſe, & quæritur an ea repudiatio faciat locum ſeruo ſubſtituto. Refertur ſententia Papiniani ab Vlpiano, qui exiſtimabat, ſeruũ ſubſtitutũ hæredem eſſe nõ poſſe. Exiſtimabat Papinianus expirare ſubſtitutionẽ vulgarem adita hæreditate, & quãuis reſtitutus fuerit minor in integrum, & reſtitutione impetrata hæreditatẽ repudiauerit, nõ ideo conualeſcere ſubſtitutionem, quæ ſemel expirauerat, hoc eſt, dictum Papiniani, quod Vlpianus ait eſſe verum, ſed non per omnia, quibus verbis ſignificat Vlpianus, id quamuis verum ſit, nõ eſſe tamen accipiendũ ſine diſtinctione. Nam ſi hæreditas ſoluẽdo non ſit, hæc repudiatio minoris locum facit ſubſtituto: ſi ſoluendo ſit hæreditas, tunc non admittetur ſubſtitutus. Cũ hac diſtinctione Vlpianus cenſet dictũ illud Papiniani eſſe intelligendum, qui dixerat non poſſe ſeruum ſubſtitutum hæredẽ exiſtere. Sed quæritur quid in aliis caſibus dicendum ſit? Ait Vlpianus tunc locum eſſe ſubſtitutioni vulgari, cum ſeruus eſt ſubſtitutus, cumq; hæreditas ſoluendo non eſt. Pone igitur non ſeruum eſſe ſubſtitutum, ſed alium, qui voluntarius tantum hæres eſt, non neceſſarius, pone hæreditatem ſoluẽdo eſſe, quid dicemus? an locus erit ſubſtitutioni vulgari? In hac quæſtione mihi videtur, ſecundum Vlpiani ſententiam, atque etiam Papiniani, in eo loco non admittendum eſſe ſubſtitutum, etſi vulgo diſſentiãt interpretes, & dicant, aditam hæreditatem pro nulla habẽdam eſſe, propter reſtitutionẽ. Idq; obſcurum non eſt, dici ab eis aduerſus ſententiã Vlpiani & Papiniani, ex his quæ à nobis dicta ſunt. Videtur n. hæc ſententia eſſe Papiniani & Vlpiani, quaſi expirare ſubſtitutionẽ aditione hæreditatis, & ſubſtitutum excludi. Obiicitur huic ſententiæ l. ex contractu, 44. ff. de re iud.* Et poſt pauca: *Sed mihi videtur nullum argumentum duci poſſe ex eo Scæuolæ loco aduerſus hanc Vlpiani ſententiam. Apud Scæuolam dicitur abſtẽtam fuiſſe à tutorib. ſuis puellam, & bona ad ſubſtitutum perueniſſe. Itaque poteſt dici perueniſſe bona ad ſubſtitutum: quia forte hæreditas nõ erat ſoluendo ſecundum diſtinctionẽ Vlpiani, & hoc ſatis credibile eſt. Proponitur n. mulierẽ fuiſſe pupillam habentem, qui eam abſtinuerũt à bonis paternis: Boni tutoris non eſt pupillam abſtinere à bonis paternis, ſi hæreditas ſoluẽdo ſit. Credibile igitur eſt hæreditatem ſoluendo non fuiſſe, atq; ita perueniſſe hære-*

ditatem ad ſubſtitutũ reſtitutione impetrata. Nec illud aliter exprimere opus fuit. Nam non quærebatur, an poſſent bona peruenire ad ſubſtitutũ, an nõ: ſed quærebatur de vi & effectu rei iudicatæ, nam ſententia lata erat aduerſus pupillam, antequam ſe abſtineret, quæſtio erat, quo caſu peruenerunt bona, & ex qua cauſa peruenire potuerunt, & debuerunt, an actione iudicati, quæ competebat aduerſus pupillam, potuiſſet agi aduerſus ſubſtitutum: non erat quæſtio, an bona peruenire potuerint ac debuerint ad ſubſtitutum. Conſtabat peruenire potuiſſe ac debuiſſe. Quod igitur argumentum duci poteſt ex ea lege ad impugnandam ſententiam Vlpiani & noſtram, nullum prorſus.]

Hactenus Duarenus, cuius fundamentũ eſt in d.§.ſed quod Papinianus, vt patet. Reſponſum affert Ant.Faber *lib. 3. coniecturarum iuris, c.4.* ſolidum ac ſubtile: [*Aliam eſſe rationem hæredis ſerui neceſſarij, aliam alterius ſubſtituti: Cum. n. neceſſarius ille ſit, qui omnino, & protinus poſt teſtatoris mortẽ hæres eſt, vt Iuſtinianus definit, in §.1. Inſtit. de hæred. qualit. & differen. apparet ſeruum, qui non niſi neceſſarius hæres eſſe poteſt, poſtquam alter hæres extitit, ex ſubſtitutione hæredem eſſe non poſſe: Cum is, qui prius hæres fuit, per reſtitutionem hæres eſſe non deſinat. Vnde Papinianus recte dicebat, ſemper ſubſtitutũ ſeruum excludi, nec eum caſum excipiebat, ſi hæreditas ſoluendo non ſit. Sed quoniam, quæ ratio facit, vt contra iuris regulam inſtitui poßint ſerui neceſſarij, licet cum ijs teſtamenti factio non ſit, vt ſcilicet, ipſorum potius quam dominorum bona veniãt, eadem locum habet, cum hæres ſcriptus poſt aditionem reſtituitur, quia cum eo creditores agere non poſſunt, diui Impp. Pius & Seuerus reſcripſerunt, permittẽdum hoc caſu ſeruo neceſſario, vt ex ſubſtitutione hæres eſſe poßit, quare vtiles actiones non tam habere, quam excipere videatur. Alioqui non poteſt Prætor vtiles actiones ſeruo decernere, cuius perſona prorſus iure Prætorio incognita eſt, quemadmodũ & iure Ciuili, niſi hactenus, vt hæres neceſſarius eſſe poßit. At bonorum poſſeſſor neceſſarius eſſe nõ poteſt: Ergo quod de ſeruo Papinianus putabat, non idem de aliis dici poteſt, quos Prætor vtiles bonorum poſſeſſores efficit, vt actiones vtiles habeant, quemadmodum in fin. d.§. Vlpianus ait.*] Hactenus fere Ant.Faber. Ex cuius verbis argumentũ diluitur à Duareno allatum, & tota eius diſputatio corruit. Argumẽta multa de vtraq; ſententia adferuntur à Doct. noſtris, *in l.1. ff. de vulg. & omnium latißime ab Alexand. Trentacinquio, parte 1. de Subſtitut. c.18.* Sed nec ad rẽ pertinere illa viſa ſunt, & ex penore eorum prerioſa hæc attuliſſe, & meam de more ſententiam adiunxiſſe ſatis fore putaui: eos qui minus neceſſaria non contemnenda tamen intelligere, aut ſe plenius informatos hac de re optant, ad eos autores relego, qui ſcripſerunt in d.l.1. Commentaria, & ad Trentacinquium *loco annotato.*

CAPVT LXXIV.

Pupillus, cui ſubſtitutus datus à patre non eſt, an dicatur inteſtatus deceßiſſe in terminis ſtatuti de inteſtati ſucceßione loquentis.

VLpianus: [*Inteſtati proprie appellantur, qui cum poſſent teſtamentum facere, teſtati ſunt.*] Et paulo poſt: [*Plane qui teſtari non potuit, proprie non eſt inteſtatus, puta impubes, furioſus, vel cui bonis interdictum eſt: Sed hos quoque pro inteſtatis accipere debemus.*] l.1. ff. de ſuis & legitimis hæred.

Licet clara ſit hæc Vlpiani ſententia: impuberem non dici proprie inteſtatum, quia teſtari non poteſt, ſed tamen pro inteſtato accipiendum eſſe: in controuerſia tamen id poſitum eſt, circa Statuti interpretationem de inteſtato loquentis: an videlicet pupillus dicatur proprie inteſtatus decedere, aliquibus, puta viginti nouem Doctoribus affirmantibus, quos refert & ſequitur Menochius *in conſil. 569 lib. 6.* Aliquibus vero, puta viginti tribus, id negantibus, quibus adde Alex. Trentacinquium *de ſubſtit. part. 2. cap. 3.*

Sed affirmantibus ego me lubens ſociũ adſcribo Vlpiani autoritate, vt cætera iuris loca iam prætercam, in quibus pupillus inteſtatus appellatur, *l. in teſtamento, C. de teſta. milit. ibi: Et mater quidem inteſtata filia, &c. in l. 2. C. de impub. & aliis ſubſtit. ibi: Hæredit. quidem defuncti inteſtati filij, &c. in l. pater. §. vlt. ff. ad leg. Falc. in l. qui duos. ff. de reb. dub. in l. ſciant, C. de legit. in l. omnem, C. ad Tertyl. & alibi.*

Nam ſi pro inteſtatis accipere debemus etiam impuberes, & alios, qui teſtari non poſſunt

poſſunt, ex Vlpiani ſententia, nihil proponi video, cur non etiam in ſtatutorum interpretatione eos pro inteſtatis accipere debeamus, aut certe non ex iure petenda eſt interpretatio Statutorum, ſed aliunde, quod eſt abſurdum.

At dicunt contrariæ ſententiæ autores: Verba Statutorũ proprie accipienda ſunt. Proprie autem inteſtatus non dicitur is, qui teſtari non poteſt. Sed quæro: an ita ſint proprie verba Statutorum accipienda, vt excludatur communis ex iure interpretatio, communis vſus, ſtylus, ſententia: Si non: Ergo nihil obſtat argumentum, quia, vt maxime repugnet verbi proprietas, adſtipulatur tamen vſus, ſiue interpretatio Iuriſc. ſic enim Vlpianus ait: [*Sed hos quoq; pro inteſtatis accipere debemus.*] Si dicatur omnem excludi interpretationem, & ſolam verbi proprietatem ſequendam, reſpondebo, quis hoc dicit? Amplius (ſed nouum forſan videbitur iis, qui iurant in brocardica dicta) nego regulam ſiue dictum, quod affertur: nempe, verba Statutorum proprie accipienda eſſe.

Profertur l. 3. §. hæc verba, ff. de negot. geſt. l. 1. §. ſi is, qui nauem, ff. de exercit. actio. legantur textus, nullum verbum de ſtatutis, nulla coniectura, nullum argumentum. Non verba hic adijciam, ſed videantur & animaduertere licebit, quam inanis ea ſit allegatio. Hoc fundamentum ſi corruat (apud veritatis autem amatores corruet) omnia corruunt, quæ ſuper eo ædificantur.

Capvt LXXV.

Si teſtator filio hæredi instituto abſque liberis decedenti, aliquem ſubſtituat, & alienationem prohibeat bonorum, antequam ad 25. annum perueniat, vtrum eidem videatur poſt 25. ætatis annum alienationem permittere in præiudicium ſubſtituti.

INſignis controuerſia eſt. Pater hæredem inſtituit filium, eique ſine liberis decedenti aliquem ſubſtituit, ac omnino vetuit, ne ante 25. ætatis ſuæ annum alienaret bona hæreditatis: Vtrum filius poſt 25. annum alienare poſſit libere, ita vt reuocari non poſſit alienatio, neque bona vindicari ab ipſo ſubſtituto.

Et quidem filium alienare poſſe libere poſt 25. annum, & ſic ſubſtitutum excludere, reſponderunt Alexan. *in conſ. 55. nu. 7. &* 8. *lib.* 3. Iaſon *in conſ. 175. li. 2. Decius in conſ. 513 n. 4. Ruinus in conſ. 76. li. 2. conſ. 112. & 132. eodẽ lib. Pariſ. in conſ. 25. nu. 13. lib. 2. Soc. iun. in conſ. 163. n. 33. lib. 2. & 188. n. 12. & 13. eod. lib. Dominus meus Decianus, in conſ. 78. n. 15. li. 3. Menoch. in conſ. 151. n. 26. & conſ. 152. n. 60. lib. 2. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 17. n. 11.*

Contrariam ſententiam, nempe, alienare non poſſe in præiudicium ſubſtituti, ſecuti ſunt Paul. Caſtrenſ. *in conſ. 263. nu. 3. lib.* 3. Decius *in conſ. 386. Pariſ. in conſ. 31. n. 37. li. 2. & 25. n. 30. lib. 3. Socin. iun. in conſ. 131. nu. 12. lib. 1. & 188. in fin. lib. 2. Alciatus in conſ. 42. nu. 12. lib. 9. & 136. nu. 3. eod. lib. Ferdin. Leaz. ad l. filiusfam. § diui, n. 25. de leg. 1. Ruin. in conſ. 117. n. 27. lib. 2. & 121. n. 9. li. 3. Hieron. Gabriel. in conſ. 132. n. 6. D. Cephal. in conſ. 153. n. 42. Oſaſcus, deciſ. 85. n. 13. Thobias Nonius, in conſ. 90. n. 8. Alciat. in conſ. 495. n. 6. Hieron. Manfredus de attentatis, lib. 1. part. 6. n. 5.*

Argumenta prioris ſententiæ hæc ſunt: Expreſſa hominis diſpoſitio facit ceſſare tacitam legis ſubſtitutionem, *l. cum ex filio. §. 1. ff. de vulg.* Ergo expreſſa prohibitio teſtatoris hoc in caſu operatur, vt tacita legis prohibitio ceſſet, qua videlicet res reſtitutioni ſubiectæ alienari non poſſunt, *vt in Auth. res quæ, C. commun. de leg.* Conſequenter nil proponitur, cur ceſſante tacita legis prohibitione, res alienari non poſſint ab hærede poſt 25. annum.

Secundum argumentum: Teſtatoris diſpoſitio ita debet intelligi, ne ſit inanis, & ſuperuacanea, *l. ſi quando, de leg.* 1. Sed inanis eſſet, & ſuperuacanea teſtatoris prohibitio, niſi poſt 25. annum hæredi liceret libere alienare res hæreditarias, igitur hæres alienare poterit.

Tertium: Specialis diſpoſitio derogat, vel ſaltem limitat generalem diſpoſitionẽ, *l. coheredi, §. qui patrem, ff. de vulgar. l. vxor. §. feliciſſimo, de leg. 3. l. quæſitũ. §. vlt. ff. de fundo inſtr.*

Sed

Sed legalis diſpoſitio, qua res alienari prohibentur, quæ reſtitutioni ſunt obnoxiæ, generalis eſt: illa vero prohibitio, ne ante 25. annum alienatio ab hærede fiat, ſpecialis eſt: Ergo hæc generali derogat, eamque limitat, vt locum habeat tantum vſque ad 25. annum.

Quartum argumentum: cum præcedens vel ſequens Clauſula ſuam habet claram determinationem: tunc clauſula vel præcedens, vel ſequens, non refertur ad illam, *l. cum vulgari, ff. de dote præleg. l. cohæredi, §. qui partem, ff. de vulgar.* ſed in propoſita ſpecie Clauſula ſequens, qua teſtator prohibuit alienationem ante 25. annum, ſuam habet ſeparatam determinationem, ergo illa generalis, quæ ex ſubſtitutione inducitur, non refertur ad hanc ſequentem, nec alienatio fieret ante vigeſimumquintum annum.

Quintum argumentum eſt: quia cum prohibitio facta fuerit alienationis ante vigeſimumquintum annum, non extenditur vltra dictum tempus: & conſequenter poſt illud tempus à contrario ſenſu videtur permiſſa alienatio, *l. ſi ita quis. ff. de vulg. l. epiſtola, §. vlt. ff. de pact. l. Imperator. ff. de poſtulando. l. in hoc iudicio. §. ſi conueniat, ff. commun. diuid. l. pater filium. §. fund. de leg. 3. l. 4. de ſeruit. l. ſtatu liberum. §. vlt. de leg. 2. l. ſi minor. ff. de verb. oblig. l. 1. & 2. C. de his qui in exilium dantur, lib. 10. c. præſentium, de clerico percuſſore.*

Et hoc argumentum maxime procedit, cum teſtator ita diſpoſuit, vt hæres nõ poſſit alienare, niſi poſt 25. annum: quia dictio, illa, niſi, importat, vt poſt illud tempus poſſit alienare, *arg. l. quibus diebus: §. quidam Titio, in fin. ff. de condit. & demonſtr.*

Poſtremum argumẽtum eſt: quia in dubio ſumi debet illa interpretatio, qua hæres minus grauatus, *l. vnum ex familia. §. ſi rem, de leg. 2.* Sed hac interpretatione admiſſa, minus cenſetur grauatus hæres, vt patet: quia poterit alienare poſt 25. annum, ergo hæc interpretatio recipienda eſt.

Poſterioris autem ſententiæ argumenta ſunt iſta. In hac facti ſpecie duplex eſt prohibitio: vna teſtatoris, & altera legis: quia res reſtitutioni ſubiectæ alienari non poſſunt. *Auth. Res quæ, C. Commun. de leg.* vel ſi alienentur, eueniente conditione, irrita eſt alienatio, & vindicari poſſunt, *l. vltim. §. ſin autem, C. eodem tit.* Ergo licet prohibitio teſtatoris ceſſet poſt 25. annum, non tamen ceſſat legis prohibitio.

Secundum argumentum. Non debet illa recipi interpretatio, quæ repugnantiam inducat: tunc enim non valeret diſpoſitio *l. repugnantia. de reg. iur.* & quia non præſumitur quiſquam ſibi ipſi contradicere, *l. nam ad ea, ff. de condit. & demonſtr.* Sed ſi dixerimus illam interpretationem valere, quæ dat hæredi poteſtatem alienandi poſt 25. annum, repugnãtiam inducimus: quia hæc repugnãt, quod res alienari poſſit, & quod reſtitutioni ſubiecta ſit. Ergo talis interpretatio adhibenda non eſt.

Tertium argumentum. Inducta ad vnũ effectum, non debent contrarium operari, *l. legata inutiliter, ff. de alimen. legat.* Sed prohibitio, ne ante vigeſimumquintum annum alienatio fiat, inducta eſt ad reſtringendam alienandi poteſtatem: ergo contrarium operari non debet, vt nimirum poſt vigeſimum quintum annum alienatio ſit permiſſa.

Quartum argumentum. Vbi ſunt duo impedimenta, tunc vno ceſſante, non tamen ceſſat alterum, *§. affinitatis, in Inſtitut. de nupt.* ſed hic ſunt duo impedimenta: Alterum teſtatoris, alterum vero Legis: Ergo licet vnum ceſſet, puta teſtatoris, non tamen ceſſat alterum, nempe Legis.

Ego in propoſita ſpecie animaduerto duplicem interpretationem adhiberi poſſe, quemadmodum ex duabus contrarijs ſententijs iam relatis colligitur: ſed omnem difficultatem in eo eſſe poſitam: vtra ex dictis interpretationibus obtinere magis debeat. Prima interpretatio eſt, hanc eſſe teſtatoris mentem ac voluntatem, vt poſt 25. annum alienatio ſit hæredi permiſſa, & ſimul conſiſtat fideicommiſſum hoc modo: vt videlicet fideicommiſſo ſit locus, ſi alienatio facta non fuerit, & hanc interpretationem adhibent prioris ſententiæ autores. Altera eſt interpretatio, vt poſt 25. annum alienatio ſit hæredi permiſſa,

miſſa, & ſimul fideicommiſſum conſiſtat hoc modo; nempè, vt alienationi ſit locus, eaque valeat, & effectum habeat, ſi non eueniat conditio fideicommiſſi, quam interpretationem adhibent poſterioris ſententiæ autores.

Igitur in hac re, in qua diſputationis cardo vertitur, magis probabilem eſſe iudico poſteriorem interpretationem ac ſententiam. Et fundamentum meum eſt: quoniam certum eſt teſtatoris hanc eſſe voluntatem, vt hærede defuncto abſque liberis, ſubſtitutus ſuccedat; conſequenter certum eſt, eiuſdem teſtatoris hanc eſſe voluntatem, vt bona alienata vindicare poſſit: & eo caſu adueniente, alienatio reuocetur iuxta claram legis conſtitutionem. Implicat enim repugnantiam quandam, quòd hæres reſtituere grauatus ſit, & ſimul alienare poſſit: ita, vt reſtitutioni locus eſſe intelligatur, ſi non fiat alienatio. Hæc eſt inſolida, & nullo iure ſubnixa fideicommiſſaria ordinatio, imò regulis iuris maximè repugnans & contraria, quibus cauetur fideicommiſſi conditione eueniente, in irritum deduci omnem alienationem, bonaque vindicari poſſe, *d. l. vltim. §. ſin autem, C. commun. de leg.* Quomodo verò propter prohibitionem ad 25. annum reſtrictam idem teſtator poſt illud tempus alienationem permittere voluerit incertum planè & obſcurum eſt, Vtrum liberè, an non; Vtrum ita, ſi non venerit conditio fideicommiſſi. Quare in hac obſcuritate, æquum bonum eſt, eam coniecturam accipere, qua ſalua voluntate defuncti in eo, quod clarum & exploratum eſt, intelligatur data eſſe facultas alienandi eo in caſu, quo id iure permiſſum erit. Quaſi teſtator ante 25. annum modis omnibus alienationem vetuerit; & ſic etiam conditione deficiente fideicommiſſi, illam irritauerit hæredis adoleſcentiæ proſpiciens, vel alias ob cauſſas ita volens; poſt 25. autem annum non vetuerit, ſed permiſiſſe intelligatur, prout à lege permiſſa eſt. Hanc eſſe cenſeo probabiliorem ſententiam, quia iuſtius eſt, vt ex ijs, quæ clara ſunt, declarentur obſcura, quàm contra ex obſcuris incertis clara & certa in diſcrimen vocentur.

Nec difficile eſt reſpondere ad argumenta prioris ſententiæ. Nam ad primum nego pronunciatum generale, quod profertur, verum eſſe. Nego illud colligi ex l. cum ex filio. §. 1. ff. de vulgar. Verba text. hæc ſunt: [*Filio impuberi in ſingulas cauſſas alium atque alium hæredem ſubſtituere poſſumus; veluti vt alius ſi ſibi nullus filius fuerit; & alius, ſi filius ſit, & impubes mortuus fuerit, & hæres ſit.*]

Videas Lector an ex his verbis colligi poſſit generale illud Pronunciatum; certè non mihi videtur; nullum enim verbum eò tendit. Cùm autem teſtator caſus diſtinguit, & in ſingulos caſus alium atque alium hæredem ſubſtituit, nihil mirum, ſi vnus caſus alium non complectitur; quia in alio caſu alius eſt ſubſtitutus; & ideò tunc vulgaris non continet pupillarem tacitè. Sed licebitne generale hunc argumentum ſumere, ſemper, & generaliter tacitam legis prohibitionem ceſſare, vbi adeſt expreſſa teſtatoris prohibitio, quæ non excludat tacitam? Certè non licebit apud eos, qui ex fontibus ipſis legum, non ex riuulis Brocardicorum Axiomatum, iudicare ſolent.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, negando minorem: neque enim prohibitio inanis erit, & ſuperflua; primum, quia poſt vigeſimum quintum annum ceſſabit; deinde, quoniam alienatio permiſſa eſſe intelligetur, ſi videlicet conditio ſubſtitutionis non euenerit: & denique, quia ſufficit tempus prohibitioni adiectum id ſignificare, vt poſt illud prohibitio locum non habeat.

Quod attinet ad tertium, concedo Generi per ſpeciem derogari; ſed hoc intelligitur ſecundùm formam, quæ continetur in ſpecie, non autem vltra ac præter eam; ac proinde, cùm ſpecialis prohibitio ſit, ne fiat alienatio ante vigeſimum quintum annum, illa præualebit generali prohibitioni, quæ oritur ex fideicommiſſo: ita ſcilicet, vt etiam generali illa prohibitione ceſſante, puta ex morte ſubſtituti ante grauatum, vel ex conditionis de-

fectu, non tamen ſpecialis & expreſſa eſſet prohibitio. Cæterùm, poſt vigeſimum quintum annum non loquitur teſtatoris prohibitio; ideò locus eſt generali prohibitioni tacitæ, quæ tunc intrat, nec reperit obſtaculum aliquod; ſilet enim prohibitio ſpecialis. Et ſi dicatur permiſſam tunc eſſe alienationem à contrario ſenſu, reſpondetur, id colligi ex generali & tacita quadam interpretatione, quæ locum haberet, niſi obicem inueniret ex fideicommiſſo, quo tacitè alienationis prohibitio continetur.

Ad quartum reſpondeo, non hoc ex ſententia, quam approbamus, induci, vt ſequens prohibitio ante vigeſimum quintum annum, determinet generalem illam ac ſeparatam prohibitionem, quæ oritur ex fideicommiſſo. Vna enim aliam non impedit prohibitionem. Itaque ante annum vigeſimum quintum ſpecialis prohibitio ſibi locum vindicabit à teſtatore expreſſa. Poſt annum 25. locus erit tacitæ, quam lex introducit prohibitioni.

Ad quintum reſpondeo, argumentum à contrario ſenſu hoc efficere, vt poſt vigeſimum quintum annum ceſſet prohibitio teſtatoris, ac proinde alienatio permiſſa eſſe cenſeatur, eo tamen modo, quo non derogetur teſtatoris diſpoſitioni circa ſubſtitutionem; neque enim tacita illa interpretatio, quæ colligitur à contrario ſenſu, tollere poteſt expreſſam voluntatem teſtantis.

Nec verbum illud *(Niſi)* quidquam plus operatur, quàm argumentum à contrario ſenſu: Videtur enim teſtator non prohibere, & conſequenter permittere alienationem poſt vigeſimum quintum annum; ſi tamen hoc fiat ſaluo iure fideicommiſſi, & non illud deſtruatur.

Ad vltimum argumentum dico, in dubio quidem illam accipiendam eſſe interpretationem, ſed tamen hic ſumi non poſſe, quia voluntas teſtatoris eſt clara: & illa interpretatio prævalere debet, quæ repugnantiam tollit, & illibatam ſeruat teſtatoris ordinationem.

Caput LXXVI.

Vtrum, ſi ex Galli Aquilij conſilio nepos hoc modo inſtitutus ſit: ſi filius meus me viuo morietur, tunc qui ex eo natus erit, hæres eſto cenſeatur filius ipſe hæres inſtitutus?

Commvnem amplector ſententiam, cuius mihi fidem facit Franciſcus Mantica *de Coniecturis vltimarum voluntatum lib. 3. titul. 1. num.* 17. filium inſtitutum non videri, cùm teſtator Galli Aquilij formulam ſecutus, ita loquitur: [*Si filius meus me viuo morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſiue quæ neptis poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit, hæredes ſunto.*] Et idcircò teſtamentum nullum eſſe iure Ciuili: cui ſententiæ nouiſſimè accedit & Duarenus *in Commentarijs ad Titul. Qui teſtament. facere poſſunt: ſuper explicatione §. in omnibus, l. Gallus, ff. de liber. & poſthum.* Vtor autem argumento, quod rem ſanè clariſſimam ac manifeſtam reddit ex textu d. l. Gallus, §. in omnibus, vbi Scæuola: [*In omnibus* (inquit) *ijs ſpeciebus illud ſeruandum eſt, vt filius duntaxat, qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit hæres inſtitutus. Nam fruſtra exhæredabitur poſt mortem ſuam.*]

Ex hoc loco ſic argumentor: Si Galli Aquilij formula tacitam contineret filij inſtitutionem, vel, vt alij arbitrantur, filius tacitè vocatus ad legitimam ſucceſſionem intelligeretur, fruſtra nos Scæuola admoneret, in omnibus ijs ſpeciebus illud ſeruandum eſſe, vt filius inſtitueretur hæres ex aliqua parte. Quia verò non ignorabat teſtamentum nullius eſſe momenti, in quo filius præteritus eſt, *leg. 1. ff. de iniuſto rupto & irrito teſtamento.* idcircò monet filium inſtituendum; neque enim exhæredatio ſufficeret, [*Nam fruſtra* (inquit) *exhæredabitur poſt mortem ſuam.*] Cuius ſententiæ illa eſt ratio, quia exhæredatio vim non habet, niſi adita hæreditate ab hærede, *l. filium. §. ſed cùm exhæredatio, ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.* Hæreditas autem adiri non poteſt à nepote hærede, niſi poſt mortem filij, ex

ipſa verborum formula. Ergo fruſtra exhæredatio poſt mortem eius fieret. Declaro: Teſtator dicit: Filium meum exhæredo, & ſi is viuo me morietur, nepotem inſtituo. Hæc nepotis inſtitutio locum non habet, niſi poſt mortem filij, vt patet: Ergo tunc adire nepos hæreditatem poteſt: Et tunc vires habere incipit exhæredatio. Sed fruſtrà, quia filius iam deceſſit. Huc accedat text. in l. ſi quis eum, §. vltim. de vulgar. vbi Pomponius: [*Si ſecundum teſtamentum ita fecerit pater, vt ſibi hæredem inſtituat, ſi viuo ſe filius decedat, poteſt dici non rumpi ſuperius teſtamentum; quia ſecundum non valet, in quo filius præteritus ſit.*]

Iure autem Prætorio teſtamentum ſuſtinetur, quo filius præteritus viuo teſtatore deceſſit, ſi legitimi hęredes, qui ab inteſtato vocantur, inſtituti fuerint, *vt in l. poſthumus, verſic. idem & circa, ff. de iniuſto rupto teſtament.* Quamobrem & in ſpecie iſta ſuſtinebitur, ſed iure Ciuili aliter reſpondendum omninò mihi videtur, vt iam dixi.

Quæ autem ab Alciato, & alijs pro contraria ſententia adferuntur, niſi planè confutauero, tota cauſa, vt cadam, æquo animo feram.

Primum, adfertur text, in l. cùm in teſtament. 37. ff. de hæred. inſtit. Iulianus: [*Cùm in teſtamento ita ſcribitur: Si filius meus me viuo morietur, tunc nepos ex eo poſt mortem meam natus, hæres eſto, duo gradus hæredum ſunt, &c.*]

Si duo ſunt gradus hæredum, ergo in primo gradu filius inſtitutus eſſe videtur, & nepos in ſecundo.

Reſpondeo, hunc Iuliani locum declarandum eſſe ex loco Scæuolæ, vt videlicet tunc duo hæredum gradus eſſe intelligantur, cùm filius à teſtatore hæres inſtitutus fuerit. Non enim Iuliano propoſitum ibi eſt declarare, vtrum in formula illa filij inſtitutio comprehendatur, ſed ſupponit eam comprehendi: deinde docet, nullo caſu vtrumque ſcilicet filium & nepotem ad hæreditatem admitti: [*Ex quo* (inquit) *apparet, ſi nepoti Titius ſubſtitutus fuerit, & filius patri hæres extiterit, non poſſe Titium vnà cum filio hæredem eſſe, quia non in primum, ſed in ſecundum gradum ſubſtituitur.*]

Secundum argumentum eſt ex l. ſi quis ita hæres inſtituatur, ff. de hęred. inſtit. Scæuola: [*Si quis ita hæres inſtituatur. l. ſi legitimus hæres vindicare nolit hæreditatem meam, puto deficere conditionem teſtamenti illo vindicante.*] Quibus verbis Iuriſconſultus præſupponit teſtamentum valere.

Reſpondeo, nos loqui de filio in poteſtate conſtituto, qui nominatim inſtituendus eſt, nec præteriri poteſt, & dicitur eſſe ſuus hæres, *vt in Inſtitut. de hæredum qualit. & different.* alia ratio eſt hæredis legitimi, qui differt à ſuo: & ideò ponitur ad differentiam ſui hæredis, in tit. de ſuis & legitimis hæredibus. Quamuis & ſuus poteſt dici legitimus.

Tertium argumentum eſt, quia tunc videtur eſſe nullius momenti teſtamentum in quo filius eſt præteritus, quando pater facit illi iniuriam præteritione: Sed hic nulla fit iniuria filio præterito, quia eo in caſu eſt præteritus, quo viuente teſtatore mortuus eſt.

Reſpondeo, iniuriam fieri; quia non inſtituitur hæres, vt inſtitui debet in teſtamento: Et licèt nepotis inſtitutio ita locum habeat, ſi filius moriatur viuo teſtatore, non tamen tollitur præcedens iniuria ex præteritione. Debuit enim pater illum inſtituere, & tunc nepotem ſub ea conditione ſubſtituere.

Quartum argumentum eſt ex l. Etiam ſi ius annulorum, §. Libertus ſi patronum. ff. de bonis libert. Vlpianus: [*Si libertus patronum ſuum ita hæredem ſcripſerit: Si filius meus me viuo morietur, patronus hæres eſto, non malè videtur teſtatus.*]

Reſpondeo, non malè videri teſtatum, quia ſubdit textus: [*Nam ſi deceſſerit filius, poterit hic exiſtente conditione accipere bonorum poſſeſſionem.*] Suprà autem expoſuimus, iure Prętorio teſtamentum reuiuiſcere, & ex eo bonorum poſſeſſionem peti poſſe, ſi filius præteritus viuo teſtatore moriatur. At noſtra quæſtio eſt, quod iure Ciuili dicendum ſit, non autem quod iure Prætorio.

Quintum argumentum eſt ex l. conficiuntur, ff. de iure Codicil. vbi qui ſuccedit ab inteſtato, dicitur ſuccedere ex tacita

Mmm 2 volun-

voluntate defuncti. Reſpondeo, nihil obſtare: quia argumentum procedit, & loquitur vbi nullum eſt conditum teſtamentum.

Poſtremum eſt argumentum Alciati, *lib. 3. Paradoxor. cap. 6.* quia videlicet, ſi dixerimus filium hoc in caſu tacitè cenſeri vocatum ab inteſtato, ceſſabit argumentum, quod contra formulam Galli Aquilij adducebatur, illud nimirum, quòd fiſco olim acquireretur hæreditas, & caduca fieret inſtitutio, hæredę inſtituto ante teſtatorem moriente: & conſequenter ad nepotem hęreditas pertinere non poſſit.

Reſpondeo, legem Papiam non habuiſſe locum in filijs vſque ad tertium gradum. Vnde etſi filius hæres inſtitutus deceſſiſſet viuo adhuc patre, non ideò eius hæreditas caduca efficiebatur, vt habetur in inſtitut. Vlpiani, tit. de caducis tollen. & ſeq. [*Hodie* (inquit Vlpianus) *ex Conſtitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fiſco vindicantur, ſed ſeruato iure antiquo liberis & parentibus.*] Apud Cuiacium in fragmentis Vlpiani, tit. 17. & idem habes ibi. tit. ſeq.

CAPVT LXXVII.

Vtrum inſtitutio filiorum à teſtatore facta, extendatur ad filios, quos ſe habere ignorabat; quia mortuos eſſe putabat.

ETſi multi, ijque grauiſſimi autores crediderint, filiorum inſtitutionem à teſtatore factam, non eſſe extendendam ad eos filios quos ſe habere teſtator ignorabat; *vt videre licet ex Mantica de coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 3. tit. 2. & Menoch. de Praeſumpt. lib. 4. praeſumpt. 16. numer. 19. & num. 23.* Eorum tamen ſententiam, (ij nec pauci, nec obſcuri nominis ſunt) qui contrarium docuerunt, magis amplector. Hanc enim interpretationem ac ſententiam ſuadet mihi rei æquitas, ac veriſimilitudo. Quis enim non intelligit parentem omnes filios ſuos hæredes facere voluiſſe, nec eum, quem viuere ignorabat, omiſſurum, ſi extare putaſſet, niſi iuſtam aliquam præteritionis eius cauſam proponas? Aut quis æquum eſſe dixerit, impedimentum illud, & caſum ignorantiæ teſtatoris nocere debere, ac non potius per coniecturam paternæ pietatis emendandum? Ita Seuerus & Antoninus de matre reſcripſerunt, quæ duobus filijs hæredibus inſtitutis, tertio poſt teſtamentum ſuſcepto in puerperio deceſſerat, nec teſtamentum mutare potuerat, [*repentini caſus iniquitatem, per coniecturam materna pietatis emendandam eſſe,*] & ſic tertium quoque filium cum alijs inſtitutum videri, *vt in l. 3. C. de inoffic. teſtament.*

Scribit Alciatus *lib. 3. de verb. ſignific.* ita conſtitutum fuiſſe, propter iuſtam impedimenti cauſam; & quia nullum inde filijs damnum oritur, atque etiam odio querelæ. Quod ſi ita eſt (exiſtimo enim maternæ pietatis coniecturam omnibus alijs circumſtantijs præferendam) negari non poteſt, quin etiam in hac ſpecie, qua de agitur, iuſta ſit impedimenti cauſa propter iuſtam, ac probabilem ignorantiam teſtatoris, an filius viueret. Nullum quoque alijs filijs præiudicium inde oritur; quia & huic filio portio hæreditatis debetur: & denique querelæ odij ratio locum etiam habet in hac ſpecie.

Adfertur pro contraria ſententia inprimis text. in l. ſi quis ita, §. ſi quis cum ignoraret, ff. de teſtam. tutel. Vlpianus: [*Si quis cùm ignoraret ſe Titium filium habere, filijs tutorem dederit, vtrum ijs ſolis dediſſe videbitur, quos in poteſtate ſcit, an ei quoque quem ignorauit ſe habere. Et magis eſt, vt huic dediſſe non videatur, licèt nomen filiorum admittat & ipſum: ſed quia de ipſo non ſenſit, dicendum eſt ceſſare in perſona eius dationem.*]

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Neque verò coniectura pietatis paternæ in ſpecie Vlpiani eam vim habere poteſt, quam habet in cauſa hæreditatis, & ſucceſſionis; cum ratio naturalis votumque paternum filijs hęreditatem adijciat, *l. ſcripto, ff. vnde liber. l. cùm ratio, ff. de bonis damnat.* onus autem tutelę filiorum à lege deferatur, nec ſemper à parentibus teſtamento inſeratur.

Secundò adfertur generale quoddam pronunciatum: Actus agentium non operantur vltra eorum intentionem, *l. non omnis, ff. ſi certum petatur.* Sed hic teſtatur non

ſenſit

ſenſit de filio quem viuere ignorabat, Ergo &c. Reſpondeo, de eo quidem teſtatorem non ſenſiſſe, ſed inſtitutionem extendi ad caſum omiſſum, nempe ad filium illum ex coniectura pietatis paternæ.

Tertio adfertur aliud pronunciatum: Teſtatoris voluntas interpretanda eſt ſecundum eius intentionem ac opinionem, non autem ſecundum rei veritatem, *l. quo loco. § .1. ff. de hæred. inſtit.* Ergo hic eſt habenda ratio opinionis teſtatoris circa mortem filij, non autem veritatis. Reſpondeo, omnem Definitionem in iure periculoſam eſſe: ratum eſt enim, vt non ex circumſtantijs ſubuerti poſſit, *l. omnis Definitio. ff. de reg. iur.* præſertim vero in his Brocardicis Pronunciatis: Quare aſſero pietatis paternæ coniecturam præualere Brocardico Axiomati.

Quarto adfertur ſolidius argumentum: quia videlicet hæredis inſtitutio non inducitur ex coniecturis. Nam hæredes palam inſtituendi ſunt, *l. hæredes palam. ff. de teſtam. l. iubemus. C. eod. tit.*

Reſpondeo, hic non induci inſtitutionem, ex coniecturis, ſed inſtitutionem, quæ facta eſt, extendi ad alium filium ex coniectura pietatis paternæ, quod nouum non eſt, *vt in d. l. 3. C. de inoff. teſtam.*

CAPVT LXXVIII.

Si teſtator coniunctim inſtituat hæredes filium & nepotem, vtrum intelligantur ordine ſucceſſorio inſtituti, hoc eſt, vt poſt mortem filij cenſeatur nepos inſtitutus, an vero ſimul.

TRactant hanc quæſtionem inter Doctores controuerſam omnes, qui Cõmentaria ſcripſerunt in *l.* Gall. §. *quidam recte. ff. de liber. & poſthum. & poſt eos Couar. ad c. Raynucius. § .2. de teſta. Mantica de Coniectur. vltim. volunt. lib. 4. titul. 8. Menochius de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 70.* & communior ſententia eſſe videtur, ordine ſucceſſorio inſtitu[...]s videri, & ſic filium in primo grad[...] & nepotem in ſecundo. Fundame[nt]um eſt in eo poſitum, quia vt hæc i[nte]rpretatio locum habeat, poſtulare videntur hæc tria, Ordo Legis, Ordo charitatis, & ordo neceſſitatis. Ordo quidem Legis: quia lex vocat primo filium, deinde nepotem ad ſucceſſionem: Ordo charitatis: quia Pater plus diligit filium, quam nepotem, ideoque cenſetur prius hæreditatem filio deferre, tum nepoti. Ordo neceſſitatis denique, quia lex mandat filium hæredem inſtitui, prius, quam nepotem, & vt teſtamentum valeat, illud eſt conſilium Galli Aquilij, vt pater filium inſtituat, & ſi eo viuente moriatur, inſtituat nepotem, *iuxta d. l. Gallus. ff. de liber. & poſthum.* quo caſu certum eſt, filium, in primo gradu, nepotem in ſecundo inſtitutum cenſeri, *l. cum in teſtamento. ff. de hæred. inſtit.* Atque hic inculcari ſolent generalia quædam Pronunciata, nempe, Aliquando dictionem coniunctiuam in diſiunctiuam reſolui: Item, teſtatorem in dubio ſe conformare huic legum diſpoſitioni. Item, qui actum aliquem facit, ſi aliqua extat neceſſaria cauſa, ea adductus magis præſumitur, quam cauſa mere voluntaria, & id genus alia, quæ nec ſolida ſunt, nec perpetuo ſibi locum vindicant: & vt ingenue fatear, nullis etiam legibus probantur, niſi aliqua voluntaris coniectura ſubſit, quæ vel ex verbis colligatur, vel ex ipſis facti, & perſonarum, ac totius rei geſtæ circumſtantijs eluceat: qualis in propoſita ſpecie nulla eſt prorſus.

Mihi ſane diligenter tum in iuris regulas: tum in omnem argumentorum & coniecturarum vim intuenti, probabilior contraria ſententia videtur, quam non pauci, nec obſcuræ autoritatis ſecuti ſunt Iuriſconſulti.

Illud autem argumentum me potiſſimũ mouet: quoniam vbi verba teſtatoris ſunt clara, & in eis nulla eſt ambiguitas, non eſt habenda voluntatis quæſtio, *l. ille aut ille. § . cum in verbis. ff. de leg. 3.* Nec aliter à verbor. ſignificatione recedendum, quam ſi appareat contraria teſtantis voluntas. *l. non aliter. ff. eod. tit.*

Sed hic verba ſunt clariſſima, & nulla in eis eſt ambiguitas, quia ſignificent teſtatorem velle, vt tam filius, quam nepos.

in eodem gradu ſuccedant: ergò non eſt habenda voluntatis quæſtio.

Aſſumptio hæc probatur; quoniam teſtator eos inſtituit hæredes in eodem gradu coniunctim, vt proponitur, quo caſu quilibet inſtitutus eſſe intelligitur in portione ſua, *lege vltima, Codic. de impuber. & aliis ſubſtitution.* & nemo inficiari poteſt, quin ea ſit verborum natura, & ſignificatio.

Dices, ergo ſemper verbis inhærendum, nunquam ſectanda teſtatoris voluntas? Reſpondeo, immo ſequendam, eamque primum locum ſibi vindicare, ac plane dominari: ſed vnde illam hic habes? Ex ordine legis: At hic Ordo nihil mouet, quia res eſt clara: In obſcuro quidem teſtatoris verba interpretamur ſecundum legis diſpoſitionem: ſed hic res eſt clara ex verbis, quid facere teſtator debuerit, lex nobis indicat, quid autem ordinauerit, ac ſeruari mandauerit, verba teſtamenti demonſtrant, quibus eſt parendum.

Ordo, inquis, charitatis. Sed non ſeruauit hunc ordinem teſtator, qui potuiſſet eum, ſi voluiſſet, obſeruare, filium prius inſtituendo, deinde nepotem, quod non fecit.

Ordo neceſſitatis. Vbi eſt ordo hic neceſſitatis? Potuiſſet quidem teſtator conſilio vti Galli Aquilij, & eius formula in inſtituendo filio, & nepote, ſed quid eum, vt eo vteretur, compellere poterat? An quia prodidit illam formulam Aquilius, idcirco teſtatores eam ſequi tenentur (conſilium nemo, & cautelam, vt vocant, ſequi tenetur ſi nolit) aut ſi non eam formulam adhibuerit, adhibuiſſe nihilominus videbitur? Nouam rem audio, Gallus formulã inuenit, quam ſi teſtatores adhibeant, teſtamentum non rumpitur, Doctores volũt ea etiam non adhibita non rumpi. Cur ita? Quia videtur adhibita, licet, non ſit adhibita. Fruſtra ergo adhibebitur: quia tacite ineſt. At hæc nimis ſunt aliena, & iuri diſſona.

Quid ad generalia pronunciata? nihil fere, quia nec reſponſum merentur. Non probantur enim legibus, non ſunt perpetua, non habent locum in claris: quia in eis coniecturis locus non eſt.

Quid, obſecro te commune cum hac quæſtione habet text. qui infertur ad Pronunciatum ſtabiliendum in l. in iis, §. *ſed & ſi forte. ff. de ſolut.* Audi eius verba: [*Sed ſi forte vſuræ non ſunt debitæ, & quas ſimpliciter ſoluerit, quas omnino non erat ſtipulatus: Imperator Antonin. cum Diuo patre ſuo reſcripſit, vt in partem cedant, quod generaliter conſtitutum eſt prius in vſuras nummum ſolutum accepto ferendum, ad eas vſuras videtur pertinere, quas debitor exoluere tenetur*, &c.]

Capvt LXXIX.

Vtrum reciproca ſubſtitutio pupillaris facta eſſe cenſeatur inter filios impuberes, quando eorum vltimo morienti datus eſt ſubſtitutus in tota hæreditate matre exiſtente in medio.

TEſtator ita dixit: Titium Caium & Seium filios meos hæredes inſtituo & vltimo eorum in pupillari ætate decedenti Sempronium ſubſtituo in tota hæreditate. Quæritur, ſi mater ſuperſit: quia ſecundum conſtitutiones Iuſtiniani ſuccedit filio vna cum fratribus defuncti, *vt in Authentic. defuncto. C. ad Tertyll.* verum inter filios impuberes facta videatur reciproca ſubſtitutio pupillaris: ita, vt in conſequentiam matre excluſa, ſolus ſubſtitutus totam obtineat hæreditatem. Controuerſia eſt hæc de re inter veteres, ac recentiores Interpretes. Nam veteres exiſtimarunt reciprocam ſubſtitutionem non videri factam inter filios impuberes. Recentiores autem videri, *teſtatur Alcia. in Comment. ad l. vel ſingulis. ff. de vulg. & pupill. & nouiſſime Iacob. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 61. n. 3. & 4.*

Fundamentum veterum illud eſt: quoniam directa ſubſtitutio non debet ex coniecturis induci, *argumento leg. iubemus. Cod. de Teſtam.* licet fideicommiſſaria hoc in caſu inducatur, *vt in l. Titia Seio. §. Seia libertus. ff. de leg. 2.* Ex coniecturis autem induceretur

in

in hac ſpecie, quia teſtator in tota hæreditate ſubſtituit vltimo morienti, & conſequenter filios inuicem ſubſtituit, vt ſic tota hæreditas ad eum, qui vltimus moreretur, perueniret: Neque enim aliter peruenire poteſt, quam ſi ſubſtitutus eſſe intelligatur.

Fundamentum vero recentiorum interpretum in eo ponitur, quod ſi teſtator vult in tota hæreditate ſuccedere eum, quem vltimo morienti ſubſtituit, neceſſario etiam velle intelligitur, vt inter filios facta, eſſe intelligatur reciproca ſubſtitutio: quia per eam vnus alteri præmorienti ſuccedet, & ſic ad nouiſſimum tota perueniet hæreditas, cui demum ſubſtitutus ſuccedet.

Ad argumentum antiquorum reſpondent negando directam ſubſtitutionem ex coniecturis non induci: immo vero inducitur, *vt patet ex leg. iam hoc iure. ff. de vulgari.*

Ego ſane non dubito, quin ex coniectura voluntatis directa pupillaris ſubſtitutio inducatur, quoniam video eam tacite in vulgari expreſſa contineri, vt in dicta *l. iam hoc iure*, ibi: [*Vt cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in vtrumq; caſum ſubſtituiſſe intelligatur, &c.*] Ex quibus verbis patet, ex tacito quodam intellectu pupillarem induci. Nec me mouet textus in l. iubemus, C. de Teſtamen. quoniam de hæredis inſtitutione loquitur, non de ſubſtitutione.

Sed vt verum fatear, quo minus recentiorum ſententiæ ſubſcribam, facit matris in medio exiſtentis fauor: Si enim tacita pupillaris, quæ alioqui in expreſſa vulgari locum habet, matre exiſtente non habet locum, ne illa excludatur à luctuoſa filij hæreditate, *vt explicaui ſupra hoc eod. lib. c. 40.* Cur hoc in caſu locum habere valeat, non ſatis video. Nec enim mihi placere poteſt, quod Alciatus dicebat *in d. l. vel ſingulis.* matrem hoc in caſu videri grauatam, vt cum nouiſſimus morietur, reſtituat. Qui enim grauata illa videri poſſit, quæ à teſtatore vocata non eſt? *l. ab eo, C. de fideicommiſſar.*

Quod ſi veterum recipiatur interpretatio, in quam ipſe ſum procliuior, ſic ſtatuendum erit: teſtatorem nouiſſime decedenti ſubſtituentem inter ipſos liberos ius legitimarum hæreditatum conſeruare voluiſſe, vt Iuriſconſ. reſpondit *in d. l. vel ſingulis, ff. de vulg.* ac perinde voluiſſe, vt ſi tota hæreditas ad filium, qui nouiſſime decederet, perueniret, illa pertineret & ad ſubſtitutum. Tota vero hæreditas ad vltimo decedentem tūc pertineret, cum mater prius (quod ſane pater futurum probabiliter credidit) moreretur. Ex quo perſpicuum fit, non eſſe firmum recentiorum interpretum fundamentum, quoniam aliter quam per reciprocam ſubſtitutionem inter filios tacite intellectum hæreditas tota ad eum, qui vltimus moritur, peruenire poteſt.

CAPVT LXXX.

De eadem reciproca ſubſtitutione non directa, ſed fideicommiſſaria, an inter plures hæredes præſumatur, quoties eorum vltimo morienti ſubſtitutus datus eſt in hæreditate.

CVm in tota hæreditate fit ſubſtitutio fideicommiſſaria ei ex hæredibus, qui nouiſſimus morietur in tota hæreditate, inter omnes conuenit reciprocam inter ipſos hæredes ſubſtitutionem factam cenſeri, vt ſic ad illum, qui poſtremus moritur, tota perueniat hæreditas, eaque ſubſtitutio reſtituatur. Cæterum, ſi non fuerit facta ſubſtitutio *in tota hæreditate*, ſed ſimpliciter ac indefinite *in hæreditate*, vtrum idem ſtatuendum ſit, non eſt eadem omnium ſententia, ſunt enim qui affirmant, ſunt qui negant, nec deſunt, qui ſibi ipſis parum conſtantes modo affirmauerint, modo negauerint. In eorū numero Alciatus mihi videtur eſſe, is enim *in Comment. l. vel ſingulis. ff. de vulgar. & pupill.* negat idem ſtatuendum eſſe, ſed contrarium reſpondit *in conſ. 567. nu. 9. nec non etiam Soc iun. quoniam in conſ. 176. n. 2. lib. 2. & alibi, affirmat ſed in Comment. ad l. hæredes mei. § cum ita, nu. 17 ff. ad Trebell.*

Vide-

Videre etiam licet aliquos dubitantes aliquid in hoc articulo affirmare, veluti Ripa facit *in Commentariis d. § cum ita, nu. 18.* & alios affirmantis ſententiæ autores citari, qui tamen potius neganti adſtipulantur, *vt Alexand. in conſil. 91. lib. 1.* Denique alios animaduerti hac de re nihil dicere, qui tamen citantur, *vt Oſaſcus deciſ. 110. num. 10. & Gloſſ. in l. Lucius, de leg. 1.*

Scriptis itaque Doctorum ex fontibus ipſis, non ex relatu aliorum inſpectis, autores inuenio affirmantis ſententiæ Curtium iuniorem, *ad l. penult. C. de impube. & aliis ſubſtit. & in conſ. 43. nu. 2. 3.* Vigilium *in § vel ſingulis, in inſtit. de pupil. ſubſtit.* *Didacum Couar. ad c. Raynut. § 8. n. 3. de Teſtam. D. meum Cephal. in conſ. 166. n. 26. lib. 2. D. meum Decian. in conſ. 3. n. 70. lib. 1. Menoch. de præſumpt. li. 4. præſump. 62. num. 2.*

Contrariæ autem ſententiæ Ruin. *in conſil. 129. num. 7. & 134. num. 2. lib. 3.* Socin. iun. *in d. l. heredes mei. § cum ita, numer. 17. ff. ad Trebel. & Socin. ſenior in conſil. 69. circa finem, li. 3.* Manticam *de coniect. vltim. volunt. lib. 7. tit. 5. numer. 10. verſic. Sed tamen contrariam*, vbi tamen *num. 12. verſic.* Fatendum, vna cum Socino iuniore ab hac ſententia diſcedendum putat, cum ex verbis conijci poteſt, teſtatorem ſenſiſſe de tota hæreditate, veluti ſi dixerit, vltimus qui diſceſſerit ſine liberis, reſtituat hęreditatem meam Titio, nam pars vltimi decedentis non recte dicitur hæreditas teſtatoris, ſed pars hæreditatis teſtatoris.

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt primo in generali quadam regula: Indefinita æquipollet vniuerſali, *l. ſi pluribus, de legat. 2. l. ſi plures, de leg. 3.* cum itaque vltimo morienti ſubſtitutio ſit facta in hæreditate, eſt perinde, ac ſi facta eſſet in tota hæreditate, quo caſu omnes côueniunt, reciprocam ſubſtitutionem intelligendam eſſe inter hæredes inſtitutos.

Secundo, in l. Titia Seio, § *Seia libertis, de leg. 2.* Paulus: [*Seia libertis ſuis fundum legauit, fideiq; eorum ita cômiſit. Fidei autem veſtræ Vere & Sapide, cômitto ne eum fundum vendatis, eumque qui ex vobis vltimus deceſſerit, cum morietur, reſtituat Symphoro liberto, & ſucceſſoribus meo, & Berillo, & Sapido, quos infra manumiſi, qui ex iis tunc ſuperuixerint. Quæro cû nec in prima parte teſtamenti, qua fundû prælegauit, eos ſubſtituerit, in ſecunda autem adiecerit verbû, qui vltimus deceſſerit, an pars vnius defuncti ad alterum pertineret. Paulus reſpondit teſtatricem videri in eo fideicommiſſo, de quo quæritur, duos gradus ſubſtitutionis feciſſe: vnum, vt is, qui ex duobus prior moreretur, alteri reſtitueret: Alterum, vt nouiſſimus iis reſtitueret, quos nominatim poſtea enumerauit.*

Hic Iuriſconſultus docet reciprocâ ſubſtitutionem intelligendam eſſe inter vocatos, ex eo, quod vltimo morienti dati ſunt ſubſtituti in fundo ſimpliciter, ac indefinite: Ergo idem & in propoſita quęſtione noſtra reſpondendum videtur.

Tertio, quoniâ vt dicebat Couar. quorſum ſubſtitutio fieret vltimo morienti in fundo, & hæreditate, ſi in eius tantum parte teſtator voluiſſet ſubſtitutum admitti? Vnde vero ſimilius eſt, etiam in aliorum hæredum, aut legatariorum partibus factam videri reciprocam ſubſtitutionem, & eam fideicommiſſariam, vt tota hæreditas ad nouiſſimum pertineret, & ab eo ad ſubſtitutum.

Fundamentum poſterioris ſententiæ illud eſt: quia cum teſtator ſubſtituerit vltimo morienti in hæreditate, hæc verba commodiſſime accipi poſſunt de parte hæreditatis ipſius vltimi morientis: arg. l. ſi Titius ex parte, *de legat. 3.* Caius: [*Si Titius ex parte heres rogatus ſit Mæuio hereditatem reſtituere, &c.*] Hæc verba ſine dubio ibi accipiuntur pro parte hæreditatis ipſius Titij, non autem pro tota hæreditate.

Quod vero dicebatur, indefinitam orationem æquipollere vniuerſali, prætterquam quod non ſemper verum eſt (Brocardicum quippe eſt) ideo non obſtare reſpondent: quia intelligi poteſt illa oratio vniuerſaliter, quantum ad partem totam vltimi defuncti, cui datus eſt ſubſtitutus.

Quod attinet ad l. Titia Seio, § *Seia libertis, de legat. 2.* reſpondent ibi de fundo agi, quem teſtator alienari prohibuit, ac deinde reſtitui ab vltimo moriente mandauit. Quamobrem neceſſe eſt intelligere totum fundum

fundum reſtituendum eſſe, ſicut de toto fundo prohibitio alienationis intelligitur. Quare non rectè ex re particulari inferri poteſt ad hæreditatem.

Ego aliter in propoſita ſpecie reſpondendum puto: Sic enim ſtatuo, non videri reciprocam ſubſtitutionem factam inter hæredes inſtitutos; ſed hanc fuiſſe mentem teſtatoris, vt ſi hæreditas tota perueniret ad eum, qui vltimus moreretur, eam ſubſtituto reſtitueret. Peruenire autem poterat ex legitima ſucceſſione, & hoc eſt, quod dicit Iuriſconſultus, *in leg. vel ſingulis. ff. de vulgar.* cum vltimo morienti ſubſtituitur, teſtatorem voluiſſe ius legitimarum ſucceſſionum inter filios integrum conſeruari. Si verò tota hæreditas ad eum, qui nouiſſimus moreretur, non perueniret, tunc ſuam portionem hæreditatis reſtitueret, quia nihil proponitur, cur hæreditatis appellatio ad vnum ex hæredibus relata, non de portione eius tantum intelligenda ſit.

Et pro huius ſententiæ confirmatione vnum perpendo, quod mihi omnem difficultatem videtur auferre, nimirum, quod habetur in d. l. ſi Titius ex parte, de legat. 3. [*Diuus Anton. conſultus reſcripſit, non debere reſtituere, quia appellatione hæreditatis neque legata, neque fideicommiſſa continentur.*]

In ea ſpecie alter ex hæredibus rogatus erat ſuam partem cohæredi Titio reſtituere: Titius autem Mæuio rogatus erat hæreditatem reſtituere. Quæſitum eſt, an Titius Mæuio reſtituere deberet non ſolùm partem ſuam hæreditatis, verùm etiam partem cohæredis, quam ex fideicommiſſo conſecutus erat, & reſpondetur, non debere reſtituere; quia Titius rogatus erat hæreditatem Mæuio reſtituere, vt in principio legis. Appellatione autem hæreditatis fideicommiſſa non continentur.

Ex hoc loco ſic argumentor ad rem noſtram. Teſtator vltimo morienti mandauit, vt hæreditatem reſtitueret ſubſtituto. Ergo non intelligitur mandaſſe, vt partem hæreditatis cohæredis ſui (etiam ſi reciproca eſſet inter eos fideicommiſſaria ſubſtitutio facta) reſtitueret; quia hæreditatis appellatione fideicommiſſum non continetur: Si ſic eſt, ergo fruſtrà fingimus atque imaginamur inter hæredes à teſtatore factam eſſe reciprocam ſubſtitutionem ad hunc effectum, vt ex fideicommiſſo tota hæreditas perueniat ad nouiſſimum, & ab eo ad ſubſtitutum. Fruſtrà, inquam, id conamur aſſerere, quoniam & ſi facta eſſet reciproca ſubſtitutio, appellatione tamen hæreditatis reſtituendæ fideicommiſſum non contineretur, quòd ad vltimo morientem ex reciproca illa ſubſtitutione perueniret.

Dices, ſi hæc vera ſunt, etiam ab omnibus receptam ſententiam falſam eſſe, qua dicitur reciprocam intelligi factam, cum vltimò morienti facta eſt ſubſtitutio in tota hæreditate; quia ſemper illa ratio viget: Appellatione hæreditatis fideicommiſſa non contineri. Reſpondeo, aliud eſſe in oratione vniuerſali conſtitutum; tunc cum appellatione hæreditatis etiam fideicommiſſa continentur, l. cùm virum, *C. de fideicommiſſ.* ibi: [*Etiam legata huiuſmodi fideicommiſſo contineri, id eſt, vbi hæres rogatus fuerit, quicquid ex hæreditate ad eum peruenerit poſt mortem reſtituere.*]

CAPVT LXXXI.

Alia Controuerſia de reciproca ſubſtitutione, an præſumatur facta, cum pluribus hæredibus inſtitutis, poſt mortem omnium, teſtator aliquem ſubſtituit.

SED rurſus controuertitur, teſtator pluribus inſtitutis hæredibus, poſt mortem omnium, aliquem ſubſtituit, vtrum videatur ipſos hæredes inuicem ſubſtituere? Communior eſt ſententia, non videri, vt *patet ex notatis per Gabrielum. lib. 4. Commun. Concl. tit. de Subſtitutionib. Concl. 3. num. 1. Mantuam de Coniectur. vltimar. volunt. lib. 7. titul. 5. num. 6. Menochium de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 62. num. 3. Contar. ad l. Rainutium, § 8. num. 4. de teſtament.*

Sed contrarium docuit Caſtr. *in l. Titia Seio, § Sed liberto, de leg. 2. & in conſ. 404. Duo vidende, lib. 1. & 271. Quanquam multa, lib. 2.*

Digitized by Google

Curt. iun. in conſil. 11 num. 5. verſic. Secundò principaliter, & alij, à Gabr. Menoch. & Mantica citatis locis annotatis.

Fundamentum communis ſententiæ potiùs eſt in aliquibus legibus, quæ iudicio meo id non dicunt, ad quod allegantur, *in l. pater filium, §. vlt. ff. ad l. Falc. in l. qui duos. ff. de vulgar. in l. Lucius. §. Caio. ff. ad Trebell. leguntur, nihil probant.*

Sed veriſſima tamen mihi videtur ipſa communior ſententia, ex ratione, qua vſus eſt Alba. *in conſil.* 31. fideicommiſſum cenſeri onus, *l. ſi arrogator, ff. de adopt. l. cohæredi. §. cùm filia. ff. de vulgar.* ac proinde non eſſe præſumendum, niſi verba id contineant, vel neceſſaria, aut valdè vrgens coniectura id ſuadeat, *l. Titia, §. Caius, l. Lucius Titius. §. pen. de legat.* 2. Cùm ergo nec verba teſtatoris in propoſita ſpecie reciprocam contineant fideicommiſſariam ſubſtitutionem, nec coniectura talis ſubſit, meritò dicendum eſt; reciprocam ſubſtitutionem præſumendam non eſſe.

Coniecturam talem non ſubeſſe patet ex eo, quòd cùm ſubſtitutio fit poſt mortem omnium, exiſtimare poſſumus factam hoc modo, vt ſinguli hæredes videantur portionem ſuam grauati poſt mortem reſtituere, ſubſtituto, & pluralitas reſoluatur in ſingularitates, *iuxta l. falſa. §. vltim. ff. de condit. & demonſtrat. l. 2. ff. de conduct. inſtit. ad finem.*

Nec difficilè eſt ad argumenta reſpondere, quibus contraria ſententia nititur. Primum argumentum eſt ex l. Codicillis, *de vſufr. legat.* vbi poſt mortem plurium domus fuit relicta Reipublic. & tamen fideicommiſſum ei non debetur, donec aliquis ſuperſit, ibi: [*Reſpondi quoad aliquis eorum viuat fideicommiſſum Reipub. non deberi,*] quod argum. eſt, inter ipſos reciprocum eſſe fideicommiſſum.

Reſpondeo; in ea ſpecie ita conſtitutum fuiſſe, quia teſtator ita ordinauit; [*vt qui ab his deceſſerit* (ſunt verba text. in d. l. Codicill.) *portio eius reliquis accreſcat, ita vt ... nouiſſimum pertineat, &c.*].

Et licèt illa verba teſtatoris ad fundum referantur, tamen rectè etiam domui aptantur, de qua ſtatim teſtator mentionem facit, dicens: [*Hoc amplius libertis libertabusque meis habitationes in domo, quamdiu viuant, &c. Quam domum poſt mortem eorum ad Rempublicam pertinere volo.*] Ex quo apparet, ſimiliter hoc teſtatorem voluiſſe, vt ſi vnus decederet, portio eius in domo alijs accreſceret.

Secundum argumentum eſt, cùm fit ſubſtitutio poſt mortem plurium, eſt perinde ac ſi vltimo morienti fieret, *vt probatur in l. qui duos. ff. de vulgar.* Sed cum fit vltimo morienti; intelligitur reciproca ſubſtitutio, *l. Titia Seio. §. Seia libertis, de leg.* 2. Ergo etiam intelligitur reciproca ſubſtitutio, cum fit poſt mortem plurium.

Reſpondeo, negari poſſe maiorem propoſitionem; quoniam illa lex id non dicit, & non de fideicommiſſaria ſubſtitutione, ſed de directa loquitur; Hoc tantùm vult ibi Iuriſconſult. ſubſtitutum pupillariter ea conditione: [*Si ambo filij impuberes mortui eſſent,*] ſi pueri diuerſis temporibus vita decedant, non obtinere ampliùs, quàm ſex vncias; quia videlicet vltimò defunctus ab inteſtato ſucceſſit priori, qui defunctus erat, nec ſubſtitutus admitti poterat, niſi poſt mortem omnium, quia teſtator inter eos voluit ſeruare ius legitimarum ſucceſſionum.

Sed nec minor illa propoſitio ſatis probatur ex d. §. Seia libertis. Neque enim loquitur in hæreditate, ſed in re particulari, nempè, in fundo, quem alienari teſtator prohibuerat, & poſt nouiſſimi mortem voluerat ſubſtitutis reſtitui. Non poterat autem à nouiſſimo reſtitui totus, niſi is partem præmorientis accepiſſet. Alia ratio eſt in hæreditate, in qua rectè ſumi poteſt interpretatio, vt ſingulis hæredibus teſtator, quoad eorum portiones, ſubſtituere intelligatur, eoſque rogare, vt ſubſtituto reſtituant, poſt mortem, quod exequi omnes poſſunt, licèt aliorum præmortuorum portiones minimè conſequantur.

Tertium argumentum eſt, quia cùm fideicommiſſa inducantur ex coniecturis, *l. cùm proponebatur, de legat.* 2. hæc videatur eſſe legitima coniectura, vt quandoquidem

non voluit teſtator, vt hæreditatem ſubſtitutus haberet prius, quàm omnes morerentur hæredes ideirco voluiſſe credatur, reciprocam inter ipſos hæredes ſubſtitutionem inducere: vt ſic hæreditas ab vno hærede ad alium perueniat, & demùm eis defunctis ad ſubſtitutum.

Reſpondeo, ſumi quidem poſſe eam interpretationem, eamque coniecturam non omninò alienam eſſe: ſed tamen, quia rectè etiam alia ſumi poteſt interpretatio, verbis ipſis, & naturæ rei conſona, hanc potiùs certam, & perſpicuam ſequendam eſſe, quàm obſcuram & incertam. Eſt autem illa interpretatio verbis & ordinationi defuncti patrisfamilias conſentanea, vt voluerit in propoſita ſpecie ſubſtitutum ſuccedere poſt mortem omnium quemadmodum expreſſit, citra onus reciprocæ ſubſtitutionis inter grauatos, quia id non expreſſit. Quamobrem altero decedente ad eius portionem vocabitur ſubſtitutus, etiam non expectata aliorum morte, *argument. leg. Lucius. §. Caio, ff. ad Trebellianum.* Qua in re notandus eſt lapſus Iacobi Mandelli *in conſil. 31. numer. ſeptimo*, exiſtimantis hoc in caſu ſubſtitutum non ſuccedere, niſi poſt mortem omnium; atque interea portiones decedentium in pendenti eſſe, & ad ſuccedentes ab inteſtato tranſire, vt demùm omnibus defunctis ſubſtituto reſtituantur. Non eſt ita. Nam cùm reciproca ſubſtitutio intelligatur eſſe facta inter grauatos vno mortuo, ſtatim in eius portione ſubſtitutus ſuccedet; *vt in d. l. Lucius. §. Caio, & declarat optimè Couarr. d. cap. Raynutius, §. 8. numer. 4. de teſtament.*

Capvt LXXXII.

Quid ſi in ea ſpecie, de qua diſſeruimus in præcedenti capite, perſona ſubſit magis dilecta, & quæ ex præſumpta mente teſtatoris ſubſtitutum excludat?

AMplivs & illud controuertitur: ſi perſona ſubſit, quæ ex præſumpta mente teſtatoris ſubſtitutum excludat; vtpote magis dilecta nunquid tunc inter vocatos hæredes reciproca ſubſtitutio præſumatur, & conſequenter is, qui poſt mortem omnium ſubſtitutus eſt, tunc demùm ſuccedat, cùm omnes hæredes fuerint defuncti, & quoad aliquis eorum ſupereſt, excludatur, altero hærede alteri inuicem ſuccedente ex quadam tacita reciproca ſubſtitutione? Affirmant multi, & multi negant, ſubſtitutionem reciprocam intelligi inter hæredes ipſos grauatos; ſed in eo conueniunt omnes ſubſtitutum non niſi poſt mortem omnium ſuccedere poſſe, *vt videre licet ex Couarr. ad cap. Raynutius, §. 8. numer. quarto, de teſtament. Alba. in dicto conſil. 31. & 32. & alijs quamplurimis à Menochio citatis, lib. 4. de præſumpt. in 62. præſumpt. num. 35.*

Qui reciprocæ ſubſtitutioni fauent, adducuntur in hanc ſententiam, ex eo, quod habetur in leg. penultim. C. *de impuber. & alijs ſubſtitutio. in leg. cùm auus, ff. de condit. & demonſtrat. in l. cùm acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. in l. ſi is qui ducenta. §. Item ſi pater, ff. de rebus dub.*

Qui verò aduerſantur huic ſententiæ, tria potiſſimùm mihi videntur adferre. Primùm, ſi habenda eſſet ratio perſonæ magis dilectæ, rarò accidere poſſe vt communioris & verioris ſententiæ ratio habeatur, quam in præcedenti capite aſſeruimus, nempè, cùm poſt mortem omnium ſiue plurium hæredum ſubſtitutus vocatur, non cenſeri factam inter grauatos reciprocam ſubſtitutionem. Nam vix vnquam accidere poteſt quin hæredum perſonæ, qui primo loco ſunt inſtituti cariores exiſtant teſtatori, quin etiam plerumque ſint maiori neceſſitudinis vinculo coniuncti, aut filij, aut nepotes, aut cognati. Secundò, dicunt ſemper militare argumentum illud, quo ſuprà vſi ſumus, nempè ſubſtitutionem tanquam fideicommiſſum, & per conſequens onus continentem inducendam non eſſe, niſi expreſſum ſit à teſtatore, aut coniecturis legitimis deprehenſum.

Tertiò allegant, hoc vnum me in eorum ſententiam impellit leges, quæ pro

con-

contraria ſententia adferuntur ad reciprocam ſubſtitutionem probandam nequaquam pertinere; ſed hoc tantum demonſtrare, ſubſtitutum non niſi poſt mortem omnium ſuccedere poſſe. Hoc, inquam, me potiſſimùm mouet, vt poſteriori huic ſententiæ calculum adijciam meum: Animaduerti enim contrariam illam ſententiam originem traxiſſe ex traditis à Bartolo *ad l. hæredes mei. §. cùm ita, in 1. colum. ff. ad Trebell.* qui leges ſuprà dictas ad hoc tantum attulit; vt oſtenderet ſubſtitutum non admitti, niſi poſt mortem omnium grauatorum hæredum, non autem ad eum finem, vt reciprocam illam ſubſtitutionem imaginariam introduceret.

Quod ſanè ita eſt: Nam audi verba l. pen. C. de impub. & alijs ſubſtit. [*Nos eiuſdem Sabini veriorem ſententiam exiſtimantes, non aliter ſubſtitutionem admittendam eſſe cenſemus, niſi vterque eorum in prima ætate deceſſerit.*] Nullum hic verbum de reciproca ſubſtitutione.

Ecce textum in d. l. ſi is qui ducenta, §. item ſi pater. ff. de reb. dub. [*Sed procliuius eſt ſententiam teſtatoris ſic eſſe interpretandam, vt ſiue filius, ſiue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur.*] Hic nullum verbum ad rem noſtram.

Porrò coniectura, quæ in fauorem nepotum magis dilectorum ſubſtituto à Papiniano perpenſa eſt; *in l. cùm auus. ff. de cond. & demonſt. cuius meminit Imper. in l. cùm acutiſſimi. C. de fideicommiſſ.* non eò pertinet, vt videatur ipſos nepotes teſtator parentibus ſubſtituiſſe, ſed ita demum ſubſtitutum voluiſſe admittere, ſi filij vel nepotes abſque liberis morerentur. Nam ſi morerentur liberis relictis, [*fideicommiſſi conditionem defeciſſe, quod minus ſcriptum, quàm dictum fuerat, inuenitur.*] Quæ res cum reciproca ſubſtitutione, quam Doctores venati ſunt, nihil profectò commune habet.

Capvt LXXXIII.

Si teſtator ſecundùm hanc formulam ſubſtituat vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, ſit ne in electione ſubſtituti, ſuccedere ex quacunque velit ſubſtitutione.

Sileat controuerſia & contentio Doctorum *in l. Centurio, ff. de vulgar. & alijs in locis, quos refert copioſe Menochius de præſumpt. libro quarto, præſumpt. 63.* vtrum electionem habeat ſubſtitutus ſuccedendi, ex qua velit ſubſtitutione, cùm ea formula vſus eſt teſtator; Vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum. Sileat, inquam, hæc diſputatio, quoniam apertis legibus definita eſt ac deciſa. Concurrere non poſſunt eodem tempore vulgaris & pupillaris ſubſtitutio, quia aut hæreditas eſt adita, aut non; ſi adita eſt, vulgaris expirat, *leg. poſt aditam, C. de impuber.* Si adita non eſt, pupillaris locum habere non poteſt; quoniam illa locum habet, cùm hæres adiuit, & in pupillari ætate deceſſit. Quod ſi patris hæreditas adita non fuerit, & ſic hæres non adiuit, pupillare teſtamentum (id eſt, pupillaris ſubſtitutio) euaneſcit, *l. ſecunda. §. adeò, ff. de vulgar.* Quamobrem tractari non poteſt, vtrum ſubſtituto competat electio ſuccedendi ex vulgari, an verò ex pupillari. Electio enim competit quoties plura ſunt remedia, non ſi vnum duntaxat ſit refugium.

Concurrunt autem commodè vulgaris & fideicommiſſaria. Item pupillaris & fideicommiſſaria, & in his aperto iure vtimur, ac proinde quid ſtatuendum ſit, iure in dubium vocari non poteſt: ſi vulgaris & fideicommiſſaria ſubſtitutio concurrant, electionem ſubſtituto dari, autor eſt Vlpianus, *in l. recuſare. §. Titius. ff. ad Trebellian.* his verbis: [*Titius hæres inſtitutus, Sempronio ſubſtituto* (vulgariter) *rogatus eſt ipſi Sempronio hæreditatem reſtituere.* (Vides hic fideicommiſſariam ſubſtitutionem) *quæritur, an cogendus ſit adire & reſtituere hæreditatem?* (eſt ac ſi quæratur, vtrum ſubſtituto competat electio ex fideicommiſſo ſuccedendi) *& deliberari poteſt, ſed verius eſt cogendum eum: quia intereſſe Sempronij poteſt ex inſtitutione, quam ex ſubſtitutione habere hæreditatem, vel legatis, vel libertatibus oneratam ſubſtitutione.*]

Idem probat tex. *in l. vltim. C. de Codicill.* quod ſi pupillaris & fideicommiſſaria ſimul concurrant, manifeſtum eſt, electionem ſubſtituto non dari; neq; enim ſubſtitutus

tutus

tutus eligere poteſt hanc viam, vt in bonis patris ſuccedat per fideicommiſſum, & nõ in bonis filij per pupillarem ſubſtitutionẽ, Vlpianus in l. ſed ſi plures, §. filio impuberi, ff. de vulg. [*Filio impuberi*, inquit, *hæredi ex aſſe inſtituto, ſubſtitutus quis eſt: extitit patri filius hæres: an poſſit ſubſtitutus ſeparare hæreditates, vt filij habeat, patris non habeat. Non poteſt; ſed aut vtriuſque debet hæreditatem habere, aut neutrius: iuncta enim hæreditas cœpit eſſe.*]

Certe, ſi electio detur ſubſtituto, poterit patris tantum hæreditatem petere ex fideicommiſſo, eo enim facultates filij non continentur, *l. cohæredi, § cum filio. ff. de vulg.* Sed non poteſt, vt Vlpianus docet, ergo nec electio talis ei competit.

CAPVT LXXXIV.

Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur in locum patris.

Sileat iam quæſo inter eos, qui æqui & boni notitiam profitentur, omnis contētioſa diſputatio. Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur locum patris: ſic enim ratiocinemur. Hic agitur de teſtatoris voluntate, qui fideicommiſſum ordinauit, interpretanda: Vtrum videlicet ea fuerit voluntas, vt filius loco patris defuncti ſuccederet. Ergo eam interpretari debemus iuxta legum præſcripta, legis autem ſententia hæc eſt, Modeſtinus in l. cum ita, §. in fideicõmiſſo, de leg. 2. [*In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt, qui nominati ſunt, aut poſt eos omnes extincti, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint: niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit.*]

Primo graduantem (eſt idē quod proximus, immo litera communis habet proximo) is dicitur, quem nemo antecedit, *l. proximus. 92. ff. de verb. ſign.* nec intereſt vnus ſolus ſit, an ex duobus prior pluribuſue, an duo pluresue ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel ſoli ſint, *l. 2. § legitima. ff. de ſuis & legit. hæredib.* Ergo is, quem nemo antecedit, tanquam proximus vocatus intelligitur, ſiue vnus, ſiue plures ſint.

Ergo filius in locum patris admittitur, quia is defuncto patre, in locum eius ſuccedit, & nemo illum antecedit, quia locum patris tenet, cum agitur de ſucceſſione aui, vel patrui, & ſimilium, *§. cum filius, in Inſtit. de hæred. quæ ab inteſtat. deferun. §. reliquum, in Authent. eod. tit. & in Authent. Vt fratrum filij, in princ.*

Et quoniam iſta repræſentatio patris, ac in locum eius ſucceſſio, collata eſt filijs ſolum, cum agitur de aui vel patrui hæreditate, vt in locis allegatis expreſſum eſt, ſequitur, vt ſi de aliorum hæreditate, ac ſucceſſione agatur, aliter exiſtimandum ſit, nempe, filium in locum patris non ſuccedere in fideicommiſſis, ſicut nec in cætera inteſtati hæreditate. Obſtrepant hic, quantum velint, qui vel de defuncti affectione diuinant, vel mille Doctorum nomina comminiſcuntur: Ego paucis his ex fontibus mihi puram iuſtitiam haurio, qui non eſt contentus, legat Manticam *de Coniect. vlt. volunt. lib. 8. tit. 9.* & Menochium *de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 95. num. 14.*

CAPVT LXXXV.

Vtrum in fideicommiſſis, in quibus à teſtatore proximiores vocantur, intelligantur vocati proximiores ipſius teſtatoris, an vero grauati?

Sæpe accidit, vt teſtatores hæredibus inſtitutis, ac ſubſtitutis mandent bona ſua in familia conſeruari, & proximioribus deferri. Quamobrem in controuerſiam venire ſolet: vtrum proximiores defuncti teſtatoris vocati eſſe cenſeantur, an vero proximiores grauati, qui videlicet poſt mortem fideicommiſſum reſtituere tenetur. Et quoniam relatis quidem copioſe authoritatibus, rationibus autem leuiter perpenſis tractatur hæc controuerſia à Mantica *de Coniecturis vltimarum volunt. lib. 8. titul. 10.* & ab Antonio Teſſauro, *deciſ. Pedemont. 65.* conabor ipſe argumentorum in

vtramque partem vim, ac momenta diſcutere: & ex his ſententiam meam pro viribus ſtabilire.

Qui grauati hæredis proximitatem ſpectandam eſſe cenſuerunt, adducti in eam ſententiam fuere his potiſſimum argumentis. Primum eſt ex l. cum ita. §. in fideicommiſſo, de leg. 2. Modeſtin. [*In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt, qui nominati ſunt: aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſunt, niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit.*]

Ex ſententia igitur Modeſtini ad fideicommiſſum: Primo, admittuntur nominati. Secundo, loco proximiores (ſcilicet nominatis) & ex his, qui in primo gradu ſunt.

Sed hic non eſt ſenſus verborum Modeſtini: hoc enim vult, vt primo admittantur nominati, ſecundo illi, qui ex familia defuncti fuerunt, cum teſtator moreretur: & ij non omnes, ſed duntaxat ij, qui primo gradu procreati ſunt. Si igitur qui erant proximiores ex familia teſtatoris, cum is moreretur, ſecundo loco admittuntur: ſequitur dicẽdum, non eſſe rationem habendam proximitatis grauati, ſed proximitatis teſtatoris: & ſic proximiores intelligi vocatos, ſcilicet, teſtatoris proximiores, non autem grauati.

Secundum argumentum eſt: Teſtatoris voluntas ſic interpretari debet, vt iuri ſit conformis, *vt notatur in l. hæredes mei, § cum ita, ff. ad Trebel.* Sed ius ita diſponit, vt aliquo moriente, is, qui proximior eius eſt, ſuccedat, *l. 2. § legitima. ff. de ſuis & legit. hæred.* Ergo & voluntas teſtatoris ſic interpretari debet, vt vocatus eſſe cenſeatur proximior eius, qui grauatus eſt.

Reſponderi poteſt non eſſe bonam cõſequentiam: quoniam potius concludi debet: ſic interpretandam eſſe voluntatem teſtatoris, vt ſuccedat ex fideicommiſſo is, qui proximior eſt ipſi teſtatori, non autem grauato: neque enim per fideicommiſſum teſtator ſucceſſores conſtituit grauato, ſed ſibi. Et quod dicitur, hæreditatem alicui quæſitam, eo mortuo, deferri eius proximiori, ad rem non pertinet, quia in ſpecie noſtra hæreditas abſolute quæſita non eſt grauato, ſed cum onere eam reſtituendi proximiori ex fideicommiſſo teſtatoris, ac proinde reſtituere debet proximiori ipſius teſtatoris.

Tertium argumẽtum eſt ex cap. 1. de natura ſucceſſ. feudi. vbi ita conſtitutum eſt, vt ſi feudum paternum, quod deuoluitur ad deſcendentes maſculos, *iuxta cap. 1. de ſucceſſ. feudi.* per diuiſionem vni ex fratribus obuenerit, donec ſupereſt aliquis ex linea ipſius fratris, pertineat ad ſuperſtitem ex ea linea, licet alij extent ex linea alterius fratris proximiores primo acquirenti.

Sed nihil ad rem facit, quia ibi de feudo agitur, quod abſolute, & abſque onere reſtitutionis deuenit ex diuiſione ad vnum ex fratribus: nos autem loquimur de re, quæ ad grauatum peruenit, non abſolute, ſed cum onere reſtituendi, vt dictum eſt.

Quartum argumentum. Hæres vocatus, grauatuſque in fideicommiſſo prædilectus eſt à teſtatore alijs, qui vocati non fuere, vt patet. Igitur & eius deſcendentes cenſentur etiam prædilecti, *argument. l. cum auus, ff. de condit. & demonſtr. & l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ.*

Sed reſponderi poteſt, ex dictis legibus non recte ſumi propoſitionem illam generalem, quia loquuntur in caſu illo ſpeciali, ne videatur teſtator ſuę ſoboli alienam anteponere, & nihil inde concludi: quia hic teſtator expreſſit, ad quos voluerit bona peruenire poſt mortem vocatorum, nempe ad proximiores, quod intelligẽdum eſt, ſcilicet, ipſius defuncti teſtatoris.

Quintum argumentum ex eo deducitur, quod plerumque accidit, vt poſt grauati mortem extent proximiores defuncto teſtatori, qui tempore mortis eis non extabant: ac proinde tanquam nec nati, nec competi tempore mortis non ſuccederent, *iuxta l. lege duodecim tabularum, C. de legit. hæred.* quamobrem nec à teſtatore videri poteſt habita eorum ratio fuiſſe. nullam enim erga eos affectionem habuit, ideo potius reſpexiſſe videtur ad ſucceſſionem

nem ſanguinis, vt ſic grauato decedẽte ſuccederet proximior eius, qui ad ſucceſſionem ab inteſtato vocatur.

Sed reſponderi poteſt, hæc eſſe diſſimilia: Nam verum quidem eſt non natos, nec conceptos tempore mortis inteſtati defuncti ad ſucceſſionem non admitti: ſed ratio eſt, quia tunc alij extant, qui ad ſucceſſionem vocantur, ac ſuccedunt. Sed hic tempore mortis grauati, quo tempore ex fideicommiſſo delata eſt ſucceſſio proximioribus, extant proximiores vocati à teſtatore, & nullus alius eos antecedit, ergo admitti debent. Etſi enim affectionem particularẽ erga hunc vel illum teſtator non habuerit, in genere tamen habuiſſe videtur ex generali fideicommiſſo in familia relicto. Itaq; ad proximitatem ſuam reſpexit, non autem hæredis grauati.

Poſtremum argumentum ſumitur ex l. Codicillis, ff. de vſufruct. leg. ſed quoniam friuolum potius eſt, cum illa lex ad rem iſtam non pertineat, *vt declarat Menoch. in conſil. 12. num. 51. lib. 2.* ideo nec confutatione indigere videtur.

Quod igitur proximitas defuncti in propoſita quæſtione ſpectanda ſit, longe probabilius mihi videtur. Probatur primo hæc ſententia ex d. l. cum ita, §. in fideicõmiſſo, de leg. 2. ibi, [*Qui ex nomine defũcti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſunt,*] atq; idem fere probant, licet non tam clare, l. pero. §. fratre, ff. eodem titul. & l. vltim. C. de verb. ſignific.

Reſpondet Roland. à Valle, *in conſ.* 100. *num.* 23. *lib.* 1. ex hoc non inferri teſtatoris proximitatem eſſe ſpectandam: quia ille textus ſibi contradiceret, ſi hoc vellet, cum immediate velit proximitatem vltimi decedentis admiſſi ad fideicommiſſum eſſe inſpiciendam: debet igitur (inquit Rolandus) textus intelligi, quod tempus mortis in eo inſpiciatur, vt ij ſoli vocentur, qui tempore mortis erant in familia: ſed inter eos dicendũ eſt; quod admittendi veniant, qui erant proximiores nominatis. Hactenus ille.

Sed non recte: quia quod ſupponit, non probatur, nempe textum velle, proximitatem vltimi decedẽtis admiſſi ad fideicommiſſum eſſe ſpectandam. Vbi quæſo textus hoc dicit? Nullibi ſane, niſi textum inducas, vt ſupra in primo argumento contrariæ opinionis reſponſum eſt, ſed iam ibi oſtenſum eſt: non recte id fieri.

Secundo, hæc ſententia probatur: quia in fideicommiſſis ſuccedit defuncto teſtatori, non autem hæredi grauato. Ergo inſpicienda eſt proximitas ipſius, non autẽ grauati. Antecedens probatur ex l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. Conſequens autem patet, quia ſi non ſuccediṫur in bonis grauati, cur deberet haberi ratio proximitatis eius? Ratio enim proximitatis habetur reſpectu eius, de cuius ſucceſſione agitur, *l. 28. proxima ff. de ſuis & legit. hæred.* ſatis certum & indubitatum eſt.

Reſpondet Socinus Iunior, *in conſil.* 326. *num.* 49. *lib.* 1. negando veram eſſe propoſitionem illam: In fideicommiſſis ſuccedit teſtatori, aut iure probari. Nam textus qui adfertur *in l. cohæredi. §. cum filia. ff. de vulgar.* nihil aliud dicit, niſi proprias filij facultates fideicommiſſo non teneri. Veram autem non eſſe patet: Nam cum bona defuncti teſtatoris ad grauatum deuenerint, fideicommiſſarius dicitur illi ſuccedere in dictis bonis ex diſpoſitione ſcilicet teſtatoris.

Secundo reſpondet: Id quod dicitur fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere, intelligendum eſſe mediante perſona grauati (vtor eius verbis) de cuius manu accipit, & cui immediate dicitur ſuccedere, nec inconuenit ſic dicere, cum hæres hæredis teſtatoris, & primi morientis ſit hæres, *l. vlt. C. de hæred. inſtit.*

Replicari poteſt; immo veram eſſe propoſitionem, quæ in argumento aſſumitur, nempe fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere. Si enim propriæ grauati facultates fideicommiſſo non tenentur, *vt in d. l. cohæredi. §. cum filia.* ſequitur non ſuccedere fideicommiſſarium ipſi grauato, ſed potius teſtatori, ſi enim grauato ſuccederet, in eius bonis ſuccederet: Sed probatur eadem ſententia, quoniam fideicõmiſſarius bona ex-

mor-

manu grauati conſequitur ex fideicommiſſo teſtatoris, igitur ex ipſo teſtatore illa conſequi videtur, argum. l. vnum ex familia, §. 1. de leg. 2. vbi Papin. ait; electum ab eo, cuius fidei teſtator id commiſit, cenſeri electum ab ipſo teſtatore. Sed quid opus eſt emendicatis hac in re ſuffragijs? Nonne Trebelliano Senatuſconſulto cautum eſt: vt ei & in eum, qui hæreditatem recipit ex fideicommiſſo, vtiles actiones competant, quaſi hæredi, in hæredem, *l. 1. ff. ad Trebellian. §. reſtituta, in Inſtit. de fideicommiſſ. hæreditat.* Ergo fideicommiſſarius eſt loco hæredis defuncti teſtatoris, & ſic cum ſuccedat teſtatori, actiones ei, & in eum dantur, quæ alias hæredi & in hæredem darentur, & quæ defuncto & in defunctum competunt. Quis hic negare audeat eum teſtatori ſuccedere? aut quis affirmare non erubeſcat eum ſuccedere grauato, quoniã ex eius manu accipit bona? Verius dixeris ſuccedere poſt grauatum tanquam ſubſtitutum ipſi teſtatori,

Quod autem ſubdit, fideicommiſſariũ teſtatori ſuccedere, mediante perſona grauati, vt verum ſit, quid ſane ad rem facit? [*De cuius manu* (inquit Socin. iun.) *accipit, & ei immediate dicitur ſuccedere.*] Hoc poſtremum nego, de eius quidem accipit manu hæreditatem, ſed non ei dicitur ſuccedere, verum teſtatori, qui eum vocauit: [*Nec inconuenit*, inquit, *ſic dicere: cum hæres hæredis teſtatoris ac primi morientis ſit hæres.*] Imo non conuenit ſic dicere, quia verum non eſt, & non eſt hæres hæredis fideicommiſſarius, id eſt, hæres ipſius grauati. Hæres grauatus reſtituit quidem ex fideicommiſſo bona, ſed ea reſtitutio non facit eum, cui reſtituuntur, hæredem eius, qui reſtituit, ſed quo ad vtiles actiones teſtatoris defuncti: Ipſius autem reſtituentis, nec quo ad vtiles, nec quo ad directas, reſpectu bonorum teſtatoris defuncti,

CAPVT LXXXVI.

Verum in pupillari ſubſtitutione, frater vtrinque coniunctus præferatur fratri conſanguineo.

Teſtator duos filios habens ex prima vxore, & duos ex ſecunda, eos hæredes inſtituit, ac inuicem ſubſtituit, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, vt fieri plerunq; ſolet in Italia. Vnus eorum moritur, quæſtio eſt, quis ex ſubſtitutione ei ſuccedat, ſolusne frater eis vtrinque coniunctus, an vero omnes æqualiter, etiam conſanguinei vna cum fratre vtrinque coniuncto ſuccedant? Et ſiquidem ex ſubſtitutione vulgari ſuccedatur, inter omnes conuenit, omnes fratres æqualiter ſuccedere, tam vtrinq; coniunctum, quam cæteros ex vno latere tantum coniunctos. Cæterum, ſi ex pupillari ſuccedatur, non eſt eadem omnium ſententia: Etenim ſolum fratrem vtrinque coniunctum ſuccedere, ac reliquis præferendum Bartol. ſenſit, *ad l. re coniuncti, num. 62. de legat. 3. Bald. in conſ. 424. li. 5. Socin. ſen. ad l. ſi cognatis, num. 38. verſ. Quarta concluſio. ff. de reb. dub. Ruin. in conſ. 90. n. 8. & 107. n. 6. lib. 2. Curt. iun. in conſ. 125. num. 3.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Aretinus, Ripa & Alciatus, *ad l. Lucius, circa fin. ff. de vulg. idem Alciatus ad l. cohæredi, §. qui diſcretas, n. 5. ff. eod. tit. & alij, quos commemorat Menoch. in conſ. 188. num. 3. 4. lib. 2. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 75. num. 12.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia frater vtrinque coniunctus eſt potior in ſucceſſione inteſtati fratris, ac præfertur conſanguineo, *vt in Authen. itaque. C. commun. de ſucceſſ.* Eſt ergo iuſtum & æquum, vt & in ſubſtitutione ita præferatur, quia teſtatoris voluntas ac diſpoſitio interpretari debet, vt ſit iuri conſentanea, *l. hæredes mei, §. cum ita. ff. ad Trebellia. & notatur in l. cum ita, § in fideicommiſſo, ff. de legat. 2.* & hic agitur de ſuccedendo ipſi pupillo defuncto, vt patet.

Poſterioris autem ſententiæ illud eſt fundamentum, quod in pupillari ſubſtitutione non ſit habenda ratio perſonæ pupilli, ſed affectionis ac voluntatis teſtatoris. Nam ſi ratio pupilli hac in re habenda eſſet, pupillaris ſubſtitutio, matrem non excluderet pupilli, quam tamen excludit, vt ſupra concluſimus hoc eod. lib. cap. 4[illegible].

Et

Et ratio eſt quæ colligitur ex l. Papinianus, §. ſed neque impuberis, ff. de inoff. teſtam. quia ſcilicet, pater eſt, qui teſtamentum fecit.

Sed mihi hanc ſententiam magis probat id, quod habetur in l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulgar. in illis verbis: [*Partes quoque eadem ad ſubſtitutos pertinent, quas in ipſius patrisfamilias habuerunt hereditate.*] Si enim ſubſtitutio interpretanda eſt ex inſtitutione, vt ſubſtituti eaſdem partes habeant ex ſubſtitutione, quas habuerunt ex inſtitutione, manifeſtum eſt omnes fratres æqualiter ex ſubſtitutione admittendos eſſe, quemadmodum æqualiter fuerunt inſtituti, quod ſanè argumentum vir doctiſſimus non perpendit Iacobus Menochius *loco ſupra citato.*

Excipio tamen ab hac ſententia illam ſpeciem, in qua teſtator tam filios ex prima vxore ſeparatim inſtituit, ac ſubſtituit, quàm etiam filios ex ſecunda vxore; tunc enim vno decedente ex eis; alter ei coniunctus ſuccedet, vt in d. l. cohæredi, §. qui diſcretas, ff. de vulg. vbi Præclarè Papinianus: [*Qui diſcretas portiones coniunctis pluribus ſeparatim dedit, ac poſt omnem inſtitutionis ordinem ita ſcripſit: Quos heredes inuicem inuicem ſubſtituo, Coniunctos primo loco vice mutua ſubſtit. videtur, &c.*]

Quod attinet ad argumentum contrariæ opinionis, illud haberet locum, ſi de inteſtati pupilli ſucceſſione ageretur; ſed cùm agatur de pupillo, cui teſtamento patris datus eſt ſubſtitutus, iam non ex regula inteſtatæ ſucceſſionis, ſed ex voluntate ac ſententia patrisfamilias interpretatio ſumi debet.

Non obſtat, quod dicitur patrisfamilias ſententiam ac voluntatem ita eſſe interpretandam vt legi ſit conſentanea. Nam id locum ſibi vindicare poteſt, vbi teſtatoris verba ſunt obſcura, & ambigua; Sed cùm in propoſita ſpecie nullo diſcrimine adhibito omnes filios æquè ſubſtituerit, nulla eſt dubitatio, quin eos æqualiter ſuccedere voluerit, qui erant omnes æqualiter filij, æqualiter coniuncti teſtatori, & æqualiter ab eo inſtitutione honorati.

CAPVT LXXXVII.

Quid ſi retenta præcedentis facti ſpecie agatur de fideicommiſſaria ſubſtitutione.

DVo ſunt potiſſimum argumenta, ex quibus euincitur idem & in fideicommiſſaria ſubſtitutione reſpondendum eſſe, quod ſupra in præced. cap. de pupillari reſponſum eſt; nempè ſubſtitutione facta inter filios tam ex primo, quàm ex ſecundo matrimonio, & altero eorum abſque liberis defuncto, ad ſucceſſionem admittendos omnes fratres ęqualiter, tam vtrinque coniunctum, quàm ex vno latere tantùm.

Primum argumentum eſt ex l. vltim. ff. ad Trebell. Paulus: [*Iulius Phœbus teſtamento facto cum tres liberos heredes inſtitueret, Phœbum & Heracliam ex eadem matre, Polycratem ex alia æquis portionibus, petijt à Polycrate minore fratre, vt accepto certo pretio hereditatem fratribus concederet, & inuicem eos, qui ex eadem matre erant, ſi quis eorum heres non fuiſſet, ſubſtitueret,* (hæc erat vulgaris quæ nil ad rem.) *Polycrati, ſi intra pubertatem deceſſiſſet, ſecundas etiam tabulas fecit, quas matri eius commendauit aperiendas, ſi impubes obiſſet.* (Nec iſta pupillaris ad rem pertinet.) *Deinde petijt à prioribus* (hęc ad rem) *vt ſi quis eorum ſine liberis decederet, portionem ſuam exceptis bonis maternis eorum, & auitis, ei, vel eis, qui ſupereſſent reſtitueret. Heraclia ſoror mortua ſine liberis fratrem ſuum Phœbum inſtituit heredem. Polycrates fideicommiſſum petierat & obtinuerat apud Aurelium Proculum Proconſulem Achaiæ. Appellatione facta cùm ſolus Phœbus egiſſet, victus eſt, quia ei, vel ei verba vtrumque fratrem complecterentur, &c.*]

Igitur & in propoſita ſpecie idem reſpondendum videtur, quoniam cùm teſtator inuicem filios tam primi, quàm ſecundi matrimonij per fideicommiſſum ſubſtituit omnes filios, & ſic tam fratrem defuncti vtrinque coniunctum, quàm ex vno latere tantùm comprehendit, ſicut ergo apud Paulum ea interpretatio non admittitur, vt frater vtrinque coniunctus præferatur, ita nec admitti debet in hac noſtra ſpecie: quanquam non diffiteor aliam fuiſſe à Paulo circumſtantiam perpenſam voluntatis teſtatoris ex eo, quod exceperat bo-

rat bona eorum materna, vt ibi dicitur.

Alterum eſt argumentum, quoniam per fideicommiſſariam ſubſtitutionem ſuccedit͏ur teſtatori, *vt ſuperius oſtenſum eſt, cap.* 85. Ergo non eſt alia habenda ratio, quàm proximitatis teſtatoris; Omnes autem filios conſtat teſtatori æqualiter eſſe coniunctos, quamobrem nil refert, an defuncto filio, alter frater, altero ſit coniunctior.

Huc accedit regula, quam in præcedenti capite commemorauimus *ex l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulgar. & idem probat l. 1. C. de instit. & ſubſtit.* & aliæ ſimiles, nempè ſubſtitutionem ex inſtitutione interpretandam eſſe ac metiendam. Quare cùm omnes filij fuerint æqualiter inſtituti, videntur etiam æqualiter ſubſtituti, *atque ita docent Ruinus in conſil. 107. numer. 6. lib. 2. Decius in conſil. 304. num. 2. Alciatus ad l. cohæredi, §. qui diſcretas, numer. 5. ff. de vulg. & ad l. Lucius, num. 48. eod. tit. Crauetta in conſil. 43. num. 1.*

Contraria verò ſententia, quam ſecuti ſunt Socinus ſenior *ad l. ſi cognatis, num. 40. ff. de rebus dub.* Ruin. *in conſil. 166. num. 5. lib. 2.* Curtius iunior *in conſil. 125. num. 4. 5. & 6.* & ſi qui ſunt alij, illo ſatis infirmo nititur argumento, quòd in fideicommiſſis ſpectanda ſit proximitas grauati, non autem teſtatoris, & ea inſpecta, tunc ſucceſſionem deferendam eo ordine, qui à lege conſtitutus eſt, vt ſic teſtatoris diſpoſitio ex eo videatur interpretationem accipere. Sed cùm hoc fundamentum corruat ex his, quæ ſupra latè diſſeruimus, cap. 85. vt omnis, qua hæc ſententia ſuſtinetur, machina ſimul ruat, neceſſe eſt.

Capvt LXXXVIII.

In fideicommiſſo conditionali, vtrum nati poſt conditionis euentum admittantur, vt concurrant cum ijs, qui euenientis conditionis tempore extabant, & admiſſi fuerunt.

VT vocati per fideicommiſſum conditionale, tempore euenientis conditionis extent neceſſe eſſe, inter omnes conſtat, *ex l. cum pater. §. hereditatem, de leg. 2. l. interuenit. ff. de legat. præſtand. & ex alijs locis: & hæc eſt celebris illa ſententia Ioannis Andr. in additio. ad Specul. tit. de Teſtam. quam ab omnibus probari reſpondit Alciatus in conſil. 594. num. 1. Tiraquell. de retractu conſang. §. 1. Gloſſ. 9. num. 97. Curtius iun. in conſil. 58. num. 5. & alij paſſim.*

Cæterùm, quandoque accidit, vt voluntas teſtatoris in familia ordinantis fideicommiſſum, ac inter deſcendentes poſteros & agnatos, etiam quandocunque natos & exiſtentes admittat; quod cùm certum eſt, neminem puto iure dubitaturum, quin ſuperior illa regula & concluſio deficiat; quoniam in conditionibus primum locum ſibi vindicat voluntas teſtatoris, *l. in conditionibus, ff. de condit. & demonſtrationib.* ac ſanè, hac in re nulla ferè controuerſia eſt. Illud maximè dubium mihi & controuerſum videtur: In ea ſpecie, in qua conſtat etiam naſcituros poſt conditionis euentum, ex voluntate teſtatoris admittendos eſſe, vtrum admitti debeant, ſi tempore conditionis euenientis alij extabant, qui tanquam proximiores admiſſi fuerint, ac fideicommiſſum vindicauerint, ad eum effectum, vt poſteà nati, ſi priores gradu exiſtant, auferre poſſint bona fideicommiſſo, ſubiecta ijs, qui ea iam vindicaſſent ex fideicommiſſo; aut ſi in pari gradu ſint, cum eis concurrant & participare debeant fideicommiſſum.

Eſt, inquam, hac de re controuerſia non ignobilis, ſiquidem contraria extant Reſponſa magni nominis Iuriſconſultorum, Hyppoliti Riminaldi *in conſil. 564. lib. 4.* & Iacobi Menochij *in conſil. 413. lib. 5.*

Et quanquam de ea conſultatione, cuius veritas ex alijs circumſtantijs pendet, mihi animus non eſt aliquid ſtatuere, præſertim cùm in Ciuitate Placentina ſub Iudice ſit adhuc indeciſa: tamen, vt in hoc articulo, quem propoſui, iudicium interponam meum, quando vltimarum voluntatum controuerſias tractandas ſuſcepi, faciendum eſſe iudicaui.

Quòd igitur poſtea nati admittendi ſint, vt concurrant cum iam natis & admiſſis, vt ſupra reſpondit Paulus Caſtrenſis *in conſil. 247. In cauſſa qua vertitur Sauona, lib. 1.* vbi inter cætera ſic ait: [*Nam teſtator non cenſetur plus ſenſiſſe de illis, qui reperirentur nati tempore*

alij-

alienationis, quàm poſt, cùm ad omnes parem habuerit affectionem. Præterea, ſi aliqui fuiſſent nati, fateor, quod ipſi ſoli fuiſſent admiſſi ad reuocandum, ſed alijs poſtea naſcentibus tenerentur participare cum illis, nam ſi legarem eis, & aliqui eſſent nati tempore teſtamenti vel mortis, aliqui naſcerentur poſt, quis dubitat, quod omnes participare deberent, ſi conſtaret, quod de naſciturus ſenſit? l. ſi duob. §. fin. & l. ſeq. de legat. 1. &c.] Caſtrenſem ſecuti ſunt Ruin. *in conſil. 22. lib. 2.* Natta *in conſil. 675. num. 6. Rolan. à Valle in conſil. 70. num. 47. lib. 3. alios citat Hyppol. Riminald. in d. conſil. 564. lib. 4.*

Contrarium autem reſponderunt Alciat. *in d. conſil. 594. num. 6.* Alexander *in conſil. 13. lib. 4. Caſtrenſ. in conſil. 16. lib. 2. ſed clarius his Alba. in conſil. 106. & Petrus Anton. Anguſciola. lib. 6. conſil. 67. & poſt hos Menochius d. conſil. 413. lib. 5.*

Poſterioris ſententiæ argumenta ſunt iſta: Primum, dominium rerum in pendenti eſſe non poteſt, *l. ſi ex duobus. §. Sed & Marcellus. ff. de in diem addict. l. vlt. in fin. ff. communia præd.* Sed ſi poſtea nati admitterentur, dominium ſtaret in pendenti: quia priores qui tempore exiſtentis conditionis aderant, illud non haberent firmiter & certo, ſed ex futuro euentu, ſi videlicet alij non naſcerentur, id penderet; ergo poſtea nati admittendi non ſunt.

Secundum argumentum eſt, quia ſi poſtea nati admitterentur, auferrent partem vel totum illis, qui iam admiſſi fuiſſent, & rurſus, ſi alij naſcerentur, aliam partem auferrent, & ſic ſemper incerta eſſet portio admiſſorum, & ſæpiùs fieret variatio in eodem negotio, quę omnia videntur abſurda.

Tertium, in conditionibus habetur ratio primæ exiſtentiæ, non autem eius, quod poſtea superuenit, *l. ſi quis heredem, C. de inſtit. & ſubſtit.* Ergo, ſi tempore euenientis, ſeu exiſtentis conditionis aliqui vocati exiſtunt, eorum eſt habenda ratio, nec mutari res debet ex eo, quod poſtea alij naſcuntur, & ſint in pari vel priori gradu.

Quartum argumentum. Cùm hic agatur de ſubſtitutione; quæ iam effectum habuit in perſona natorum & admiſſorum, qui ſucceſſerunt, ea dicitur eſſe iam prorſus extincta & ſublata, *argument. l. ſi mater. §. 1. ff. de vulgar. & l. cùm in teſtamento, ff de hered. inſtit.* Conſequenter alij poſtea nati, qui eiuſdem ſubſtitutionis vigore petunt ſe admitti, minimè admittendi ſunt.

Quintum argumentum eſt ex l. cùm ita, §. in fideicommiſſ. de legar. 2. vbi ad fideicommiſſum primò admittuntur, qui erant tempore teſtament. & poſt eos, qui tempore mortis erant; ergo ſic & in propoſita ſpecie, prius admitti debent illi qui nati erant tempore euenientis conditionis: & poſt eos extinctos illi, qui poſtea nati ſunt. Quòd ſi inter natos tempore euenientis conditionis admit. is ſolum, qui proximus eſt, vt ibi dicitur, multò magis debet natus præferri non nato.

Verùm iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico, & amplector: & quanquam ſcio multa adferri argumenta, & inter alia adferri textum in l. peto, §. fratre, de leg. nihil tamen illa me mouent. Nam text. in §. fratre. admittit quidem proximum, qui exiſtit tempore conditionis, ſi paratus ſit cauere ſe familiæ reſtituturum, ſed hoc intelligi poſt eius mortem poteſt, vel poſt alienationem, quia proximus iam eſt admiſſus, & conſequenter alij de familia ſequuntur, non autem præcedunt vel concurrunt, quare & textus dicit: [*Nec tamen ideò ſequentium cauſa propter superiores in poſterum lædi debet, ſed ita proximus quiſque admittendus eſt, ſi paratus ſit cauere, &c.*] Quamobrem locus ille ad quæſtionem noſtram non pertinet.

Argumentum igitur, quod me mouet, eſt Pauli Caſtrenſis *in d. conſil. 247. lib. 1.* quod tamen ego clarius deducam in hunc modum: Si teſtator legatum vel fideicommiſſum relinquat tam nato, quàm poſthumo naſcituro poſt eius mortem, ſine dubio poſthumus quandocunque natus, partem ſuam habebit, & concurret cum eo, qui iam natus & admiſſus fuit, *l. ſi duobus. §. vltim. & l. ſequenti. ff. de leg. 1.* Sed in propoſita ſpecie ita eſt in facto, quia fideicommiſſum relinquitur omnibus de familia, ſecundùm gradus prærogatiuam & ordinem, tam natis, quàm naſcituris: ergo naſcituri quan-

ri quandocunque partem ſuam habebunt, & concurrent cum iis, qui iam admiſſi fuerunt aut totum habebunt, ſi proximiores erunt ipſi poſtea nati: ſicut enim partem vindicant, ſi ſint in pari gradu, ita vt totum vindicabunt, ſi fuerint in priori gradu.

Et ideò illud potiſſimum perpendi debet in hac ſpecie, Vtrum ſcilicet teſtator voluerit eum, qui natus non ſit tempore euenientis conditionis, puta alienationis vel mortis, admitti. Nam ſi voluerit admitti, nil nocere ei poteſt, quòd alter, qui erat tempore mortis, vel alienationis, admiſſus fuerit, quia illa totum habebit, ſi alij non fuerint poſtea nati, *vt in d. l. ſi duobus. §. vltim.* ſin autem nati fuerint, partem duntaxat habere debebit, aut etiam penitus excludi, ſi poſtea natus erit proximior. Ratio eſt, quia hæc duo ſe inuicem conſequuntur, vt ſi teſtator proximiores vocauerit ad fideicommiſſum tam natos, & exiſtentes tempore conditionis, quàm poſtea naſcituros, & extituros; iſtud etiam voluiſſe intelligatur, vt poſtea nati concurrant cum iam natis & exiſtentibus. Et hoc eſt, quod dicebat Paulus Caſtrenſis *in verbis quæ ſuprà nos retulimus.* Cui ſanè argumento reſponſum à nemine vidi ex his, qui contrariam ſententiam amplexi fuêre.

Nec difficile eſt ad argumenta in contrarium reſpondere. Nam quod attinet ad primum, reſpondeo, in hac materia fideicommiſſorum nouum non eſſe, vt dominia aliquo modo ſint in pendenti, ad hunc videlicet modum, vt vni reuocabiliter dominium rei acquiratur, id eſt, vt reuocari poſſit, & ab alio poſt diem vel conditionem reuocari, *l. penult. §. ſin autem ſub conditione, C. commun. de leg.* Et in hoc ipſo, de quo agitur articulo, nonne conſtat poſthumo relinqui poſſe legatum & hæreditatem, l. placet, ff. de lib. & poſthum. Ergo antequam naſcatur, nonne in ſuſpenſo erit in hoc ſenſu dominium rei relictæ?

Ad ſecundum reſpondeo, abſurdum non eſſe, vt natus det ſuam portionem poſthumo, cùm natus erit, *vt probatur in d. l. ſi duob. §. vltim. & l. ſeq. de leg. 1.*

Ad tertium reſpondeo, regulariter id verum eſſe, quod in argumento aſſumitur, & nos etiam vltrò id fatemur poſtea natos excludi, quia tempus euenientis conditionis inſpicitur, ſed ſupponimus ita voluiſſe teſtatorem, vt & futurorum, & quandocunque natorum, etiam poſt conditionem ratio haberetur.

Ad quartum reſpondemus, ſubſtitutionem effectum ſuum & conſummationem habuiſſe, quò ad exiſtentes & natos tempore conditionis pro parte ex portione eorum, non autem pro futurorum portione, aut ad eorum excluſionem, ac præiudicium: eorum enim cauſa lædi non debet, propter natos tempore conditionis: alioqui, ſi locus eſſet argumento, illud concluderet, prorſus excludendos eſſe naſcituros etiam poſt extinctos iam natos: quod tamen eſt abſurdum.

Ad quintum reſpondeo, præferendos quidem eſſe eos qui ſoli extant tempore teſtamenti, vel etiam tempore euenientis cõditionis ſecundũ iuris Regulas; ſed non vbi teſtator parem eorum rationem habuit, atque exiſtentium tempore conditionis; tunc enim etiam poſtea nati ſuam obtinere debent portionem, & ſi proximo in gradu ſint, totam ſibi ex fideicommiſſo vindicare ſucceſſionem. Ita cenſeo in hac difficili controuerſia, nec meæ me pœnitet ſententiæ.

Capvt LXXXIX.

Ventre inſtituto hærede, an is filius, qui ex ea natus eſt vxore, quæ erat tempore teſtamenti, inſtitutus eſſe intelligatur; an verò, qui ex alia etiam vxore natus erit?

Teſtator ventrem vxoris ſuæ inſtituit; quæritur vtrum inſtitutus eſſe intelligatur filius, qui ex ea vxore, quam tunc habuit, naſceretur; an verò etiam is, qui ex alia vxore, quam poſtea duxiſſet, procreatus eſſet? Et quidem interpretes noſtri in diſcrepantes abierunt ſententias. Nam eum duntaxat inſtitutum videri, qui ex vxore tunc prægnante naſceretur, non autem ex alia; docuerunt Paulus Caſtrenſis, Raphael Cumanus, & Aretinus *ad l. placet, ff. de liber. & poſthu-*

& poſthumis. Quorum illud eſt fundamentum, quod his verbis: *Ventrem vxoris meæ,* &c. videatur teſtator de poſthumo, ſiue de filio ex certa perſona naſcituro, intellexiſſe, quo in caſu certum eſt inſtitutionem non poſſe extendi ad eum, qui ex alia perſona naſceretur, *l. filius. §. ſi quis ex certa. ff. de liber. & poſthum.* Triphonius: [*Si quis ex certa vxore natum ſcribit hæredem in periculum rumpendi teſtamentum deducit ex alia ſuſceptis liberis.*] Etenim venter dicitur, qui prægnans eſt, *l. ventre. ff. de acquir. hæred. l. 1. §. inſpiciendo. ff. de ventre inſpicien.* Ergo dum teſtator inſtituit ventrem vxoris ſuæ, inſtituere videtur filium, qui ex ea prægnante naſciturus eſt, non autem ex alia, perinde ac ſi diceret: Inſtituo poſthumum meum, vel poſthumum quem habeo, quo caſu non trahitur inſtitutio ad filium ex alia vxore natum, *vt dicebat glo. in l. 5. ff. de libe. & poſthum.*

Cæterum, in propoſita quæſtione omnem poſthumum etiam ex alia vxore natũ, inſtitutum videri, reſponderunt Alexan. & Soc. *in d. l. placet. ff. de lib. & poſthum. & alij quos refert & ſequitur Mantica de coniecturis vlti. vol. lib. 4. tit. 9. num. 6. & Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 21. n. 14.*

Fundamentum eſt in l. placet. ff. de libe. & *poſthum.* illis verbis: [*Nam & cum maritus poſthumum hæredem ſcribit, non vtiq; is ſolus poſthumus ſcriptus videtur, qui ex ea, quam habet vxorẽ ei natus eſt, vel qui tunc in vtero eſt, verum is quoque, qui ex quacunque vxore naſcatur.*] Et licet in quæſtione noſtra teſtator ventrem inſtituerit, eſt tamen idem, ac ſi poſthumum inſtituiſſet, *argum. l. 3. §. nominatim. ff. de iniuſto, rupto, ac irrito teſtam.*

Ad argumentum contrariæ opinionis: reſpondent, ita ventris accipiendam eſſe inſtitutionem, vt ad tempus mortis referatur: quaſi teſtator eum inſtituerit, qui tempore mortis in ventre erit, & naſcetur: & ideo nil refert, ſiue ex ea naſcatur vxore, quam teſtator tunc habet, ſiue ex alia.

Ego poſteriorem hanc ſententiam amplector, & pro eius confirmatione perpendo Vlpiani reſponſum *in d. l. placet*, in hunc modum: Certum eſt Vlpia. de poſthumo loquentem, accipiendum eſſe generaliter, ſiue poſthumus ſit in ventre vxoris quam tunc habet teſtator: ſiue non ſit, ſic enim ait Iuriſc. *Cum maritus poſthumus hæredem ſcribit,* &c. Si dicamus ergo vxorem eſſe prægnantem & teſtatorem poſthumum inſtituere, ſine dubio videtur ſe referre ad poſthumum ex ea vxore, quæ prægnans eſt, naſciturum, & tamen [*non vtiq; is ſolus poſthumus ſcriptus videtur, verum is quoque, qui ex quacunque vxore naſcatur.*] inquit Triphon. Ratio eſt, vt teſtam. ſuſtineatur, ne ex alia vxore natus præteritus videatur: atque ideo teſtamentum ſit irritum.

Nec dicatur, vt dicebat Paul. Caſtrenſis, Triphonium non eſſe intelligendum de teſtatore ſciente vxorem eſſe prægnantem, quaſi tunc videatur ſe reſtringere ad eum tantum poſthumum. Quoniam hæc interpretatio vim facit verbis, & merum continet vaticinium: Immo abſurda eſt hæc interpretatio: quia plerunque accidit, qui vxorem habet, & ventrem ſiue poſthumum inſtituit, ſciat vxorem eſſe prægnantem, aut certe ita imaginetur, & iudicet. Cur enim ventrem quis inſtitueret, ſi non cogitaret vxorem prægnantem, quam habet? Quare ſecundum illam interpretationem Iuriſconſultus eo tantum caſu accipiendus eſſet, quo teſtator ventrem, vel poſthumum inſtituens, non tamen cogitaret de filio ex ea vxore, quam tunc haberet naſcituro: quod ſane abſurdum eſt.

Ad text. vero l. filius. §. ſi quis ex certa, reſpondeo locum habere, cum nominatim ſit inſtitutio filij nati ex certa vxore, puta ex Titia vel Seia: nos vero loquimur de ventre inſtituto vxoris teſtatoris, nulla certa perſona nominata.

Capvt XC.

Quid ſi teſtator poſthumum, ſiue ventrem vxoris inſtituerit, ſi prægnans eſſet.

CÆterum cum teſtator ventrem non ſimpliciter inſtituit, ſed ea conditione adiecta, ſi vxor prægnans eſſet, videtur ma-

niſeſte loqui de filio, qui naſcetur ex ea vxore, quam tunc habuit, & ideo non intelligitur is hæres ſcriptus, qui ex alia vxore naſcetur, *argum. d. l. filius. §. ſi quis ex certa. ff. de liberis & poſthum.* atque ita reſpondit Angelus *in conſ. 51. Simon notarius.* Sed hanc ſententiam reprobat Alexand. *in d. l. placet, ff. eod. tit.* Purpuratus *late in conſ. 518. nu. 3. lib. 2.* & alij à Mantica citati, *de Coniectur. vltim. volunt. lib. 4. tit. 9. nu. 6.* & Menochio *de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 21. nu. 20. verſ. ſextus eſt caſus*, quibus & ipſe aſſentior: Placet enim, vt valeat teſtamentum benignam adhibere interpretationem, vt & alibi adhiberi ſolet, *in l. vlt. C. de poſthum. hæred. inſtit. in l. Titius. §. Lucius, ff. de libe. & poſthum.* itaque ita dicendum erit teſtatore inſtituiſſe eum ventrem, qui tempore mortis ſuæ prægnans eſſet, & poſthumum eum, qui tunc naſceretur. Quare ſiue ex ea vxore naſcatur, quam tunc habuit, ſiue ex alia, quam poſt conditum teſtamentum duxit, talis poſthumus hæres inſtitutus eſſe videbitur, *iuxta l. placet. ff. eod. tit.*

Capvt XCI.

Si teſtamentum fratris, in quo turpis perſona eſt inſtituta contineat Clauſulam Codicillarem: vtrum frater, qui tanquam præteritus illud reſcindit, teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem legitima ſibi retenta: & quid de legatis.

Controuerſia eſt: ſi fratris teſtamentũ, in quo turpis perſona inſtituta eſt, reſcindatur. Vtrum frater hæreditatẽ nihilominus ſcripto hæredi reſtituere teneatur, legitima ſibi retenta propter Clauſulam Codicillarem in teſtamento adiectam, & negant Paulus Caſtrenſis, *ad leg. ſi patroni, §. vltim. ff. ad Trebellian.* Decius *in conſil. 561.* & alij, *quos cõmemorat Vaſq. de Succeſſionum creatione, §. 10. & alij multi, quos commemorat Antonius Teſſaurus, deciſ. Pedemontan. 128.* Fundamentum eſt, quia tale teſtamentum videtur eſſe factum à demente, & conſequenter nec legata, nec fideicommiſſa valent, *l. Tertia. ff. de inoffic. teſtament.* Et cum frater prohibeatur præterito fratre turpem, & infamẽ perſonam hæredem inſtituere, non debet id ei concedi via quadam indirecta, nempe per Clauſulam Codicillarem teſtamento adiectam, *c. cum quid vna via, de reg. iur. lib. 6.*

Sed contrariam ſententiã amplexi fuere Alex. *ad d. l. ſi patroni. §. vlt.* & Cagno. *in l. 1. n. 13. ff. de inoff. teſtam. & alij ab Anto. Teſſauro citati loco annotato*, & ita deciſum eſt apud Afflict. *deciſ. 125.* nempe fratrem vigore Clauſulæ Codicillaris reſtituere oportere hæredi ſcripto hæreditatem, retenta ſibi legitima portione.

Probatur hæc ſententia, quia hoc operatur Clauſula codicillaris, vt directa inſtitutio conuertatur in fideicommiſſariam, *l. quærebatur. ff. de vulg. teſtam. l. ex ea. §. 1 ff. de teſtamen.* Quamobrem etiam in teſtamento, quod eſt nullum ob præteritionem filij, id receptum eſt, vt filius præteritus, teneatur hæredibus ſcriptis reſtituere hæreditatem: retenta ſibi legitima: & hoc vigore Clauſulæ Codicillaris teſtamento inſertæ, *vt tradunt Bart. ad l. 1. numero 9. ff. de iure Codicill. & alij, vt per Iulium Clarum. §. teſtam. q. 46. & Anton. Gabriel. Commun. Concluſio. tit. de Clauſulis, concluſ. 7.* quanto magis ergo & in fratre idem erit reſpondendum, cui certum eſt plus iuris non competere in bonis fratris, quam filio in bonis paternis, immo minus?

Nec valet illa reſponſio, aliam eſſe rationem in filio: quia pater inſtituto filio in legitima, poteſt reliquam hæreditatem relinquere, cui velit, in fratre autem id non procedit; quia omnino prohibetur inſtituere turpem perſonam, & fratrem præterire, nec enim in legitima tenetur inſtituere; quoniam fratri legitima non debetur. Replicatur enim, immo fratri legitimam deberi, quando turpis perſona inſtituta eſt. Id probatur ex §. in Authent. *de Hæred. & Falcidia.* vbi Imperator ita ſcribit. [*Primum itaque illud eſt cogitandum, quia teſtantibus aliis quidem imponit lex neceſſitatem diſtribuere quandam partem perſonis quibuſdam, tanquam hoc ſecundum ipſam naturam eis debitum, quale eſt filiis, & nepotibus, & patribus atque maternis. Interdum vero etiam fratribus.* Gloſſ. in

in verbo, *fratribus, vt ſi frater meus*, inquit, *inſtitut. turpem perſonam.*]

Sicut ergo liceret fratri inſtituto fratre in legitima ſibi debita reliquam hæreditatem, cui vellet, relinquere, & frater eo in caſu teſtamen. impugnare non poſſet. Nam nec filius in legitima inſtitutus illud impugnare poteſt, *vt in Auth. Vt cum, de appellat. cognoſc. § aliud quoque capitulum, l. omnimodo, C. de inoffic. teſtament.* ita nec conqueri poterit, ſi ſuam legitimam conſequatur, licet reliquam hæreditatem ab inteſtato per fideicommiſſum hæredi ſcripto reſtituat.

Ad argumentum reſpondent negando videri factum à demente teſtamentum, & propter Clauſulam Codicillarem ſuſtineri dicunt ea, quæ defunctus ordinauit, licet inteſtatus videatur deceſſiſſe. Et regula illa generalis huc pertinere non poteſt: quia nec totam hæreditatem obtinet turpis perſona, nec illud quod ex hæreditate conſequitur, ex teſtam. dicitur obtinere, verum iure fideicommiſſi, vt dictum eſt, propter Clauſulam Codicillarem, quæ id ipſum operatur.

Sed his non obſtantibus cõtrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, & fundamẽtum meum eſt in his, quæ ſuperius deduxi, *hoc eodem lib. cap.* 11. cum de patris teſtamento inofficioſo diſſererem, quod tanquam à demente factum: & ideo in vim fideicommiſſi non valere dixi, *ex l. Titia. ff. de inoffic. teſtam.* Hæc autem ratio locum habet etiam in fratris teſtamento inofficioſo. Nam & illud videri à demente conditum, probari poteſt ex generali regula, quam ponit Scæuola *in l. patronus. § vltim. de leg. 3.* ibi: [*Claudius notat. Nec fideicommiſſa ab inteſtato data debentur ab eo, cuius de inofficioſo teſtamento conſtitiſſet: quia crederetur, quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſet*, &c.] Idem probat l. 2. iuncta l. 1. ff. de inoff. teſta. Cum igitur ille color, vt quaſi à demente factum præſumatur, hoc efficiat, vt nihil valeat, quod in eo teſtamento ſcriptum eſt: ſequitur dicendum, nihil operari clauſulam codicillarem.

Non obſtat, ſi dicatur nouo iure ex Nouella Iuſtiniani, vt cum de appell. cognoſc. hæc eſſe ſublata, dũ conſtituit, vt teſtamento reſciſſo propter exhæredationem, vel præteritionem, nihilominus legata & fideicommiſſa valerent: Quoniam, vt concedamus eam Nouellam etiam ad fratris teſtamentum, de quo non loquitur, trahi poſſe, nihil tamen obſtat: quia non loquitur de inſtitutione hæredis, ſed de cæteris legatis & fideicommiſſis, quæ in teſtamento continentur. Illa valere & præſtari mandat Imperator, qui teſtator in eo non peccauit, ſed vt etiam ipſa inſtitutio conſeruetur ex clauſula codicillari, in qua teſtator maxime peccauit, non poteſt ex eo inferri, cum ſit res diuerſa & diſpar ratio, nec ideo in loco Iuſtinianus ſtatuerit.

Eſt etiam magna controuerſia de legatis in eo teſtamento relictis, quod fratris querela propter turpem perſonam inſtitutam reſciſſum eſt; vtrum ſint præſtanda, vt videre licet ex Anton. Teſſauro, *qui nouiſſime autores prolixe commemorat, d. deciſ. Pedemont.* 128. *nu.* 6. In ſumma: difficultas omnis in eo verſatur, quod Iuſtinianus imperator in *Nouell. vt cum de appellat. cognoſcend.* dum præcepit Legata & Fideicommiſſa præſtari ex teſtamento reſciſſo propter exhæredationem vel præteritionem, non de teſtamento fratris inofficioſo locutus ſit, ſed parentum & filiorum; ac proinde in teſtamento fratris inofficioſo antiquæ leges manere videantur incorrectæ, quibus probatur legata & fideicommiſſa non valere, *iuxta l. Titia. ff. de inoff. teſtam.* Sed iuſta ſane & menti Iuſtiniani conſentanea mihi videtur interpretatio, vt idem etiam in teſtamentis fratrum ſtatutum eſſe intelligatur, quaſi minus ſcriptũ & plus dictum fuerit. Nam nulla eſt ratio diuerſitatis. Et ratio legis in teſtamento etiam fratris militat, & ex lege quæ de inofficioſo teſtamento parentum ac filiorum loquitur, etiam fratrum teſtamenta inofficioſa, normam & formam accipere, æquum eſt.

CAPVT

CAPVT XCII.

De reuocatione teſtamenti prioris continentis clauſulam derogatoriam, controuerſia vna.

HErmogenian. *in l. 22. de legat. 3.* ſcribit in hunc modum: [*Si quis in principio teſtamenti adſcripſerit: Cui bis legauero, ſemel deberi volo, poſtea eodem teſtamento vel codicillis ſciens ſæpe eidem legauerit, ſuprema voluntas potior habetur. Nemo enim eam ſibi legem poteſt dicere, vt à priori voluntate ei recedere nō liceat. Sed hoc ita locū habebit: ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.*]

Ex hoc textu docent interpretes noſtri, teſtamentū, quod clauſulam derogatoriam continet, ad alia teſtamenta (ita enim ipſi loquuntur) nō reuocari per aliud poſterius teſtamentum, niſi mētio ſpecialis fiat prioris teſtamenti & clauſulæ derogatoriæ: vtputa, teſtator proteſtatus eſt ſe velle, vt primum ſuum teſtamentum valeat, etiamſi aliud fecerit teſtamentum, & vt plerumque adijcitur, niſi poſterius contineat hæc vel illa verba. Prius ergo teſtamentum poſteriore non teuocatur, niſi fiat ſpecialis mentio clauſulæ derogatoriæ, quod perinde valet, ac ſi cum Iuriſconſulto dixerimus, *niſi ſpecialiter prioris voluntatis* eum pœnituerit, & voluerit valere poſterius teſtamentum, reuocato priore.

Cæterum, eſt controuerſia, quando videatur eſſe facta ſpecialis mentio prioris teſtamenti, vt proinde reuocatum eſſe intelligatur. Et controuerſiæ ſtatus eſt in eo poſitus, qui vnum duntaxat teſtamentum fecit & non plura. Nam etſi clauſulam derogatoriam contineat, ſi tamen aliud fiat, poſteriori cenſetur reuocatum, licet nulla ſpecialis mentio prioris fiat, ſed tantum generalem prioris teſtamenti poſterius reuocationem contineat, *ita docuit Bart. in d. l. ſi quis in principio, n. 9. de leg. 3. quem multi alij ſunt ſecuti, quos commemorat Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. 12. tit. 8. nu. 8.* Sed contrarium docuere Angelus, Paulus Caſtrenſ. Alexand. & alij, *ad l. 2. ff. de liber. & poſthum. Couar. ad Rub. de Teſtam. in ſecunda parte, nu. 19. verſ. Tertium, & alij quos citat Mantica loco ſuperius allegato, egregie Dom. meus [illegible] in conſil. 375. lib. 3. nouiſſime alios citans Men[illegible]h. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 166. num. 25. 26. in 2. parte.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt [illegible] l. 2. *ff. de liber. & poſthum.* Vlpian. [*Nominatim exhæredatus filius & ita videtur: Filius meus exhæres eſto, etſi nec nomen eius expreſſum ſit, ſi modo vnicus ſit.*]

Ex hoc textu colligitur argumentum, Specialem mentionem factam videri generalibus verbis, quoties generalia verba ad vnum duntaxat referri poſſunt. Cum itaque vnicum teſtamentum præceſſit, Generalis reuocatio ad illud tantum relata eſſe intelligitur, & proinde ſpecialis reuocationis vim obtinet.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores: ſi hoc argumentum aliquid valeret, nunquam neceſſariam fore ſpecialem reuocationem teſtamenti clauſulam derogatoriam habentis, licet plura quis teſtamenta confeciſſet, quia & ſi plura conficiat quis teſtamenta, vnum tamen ſolum valet, & ſemper prius tollitur à poſteriore. Hoc autem videtur omnino falſum, quod nunquam ſpecialis reuocatio requ[illegible]ratur.

Cæterum, huic reſponſioni replicant, qui Bartolum ſecuti ſunt, ac priorem [illegible]lam ſententiam, fieri quidem non poſſe, vt mortuo teſtatore, plura teſtamenta valeant: Vnum enim duntaxat valere debet, & non plura: ſed tamen, eo viuente, non ita certum eſſe, quod potiſſimum ex pluribus teſtamentis valere debeat. Etſi e[illegible]im poſteriore tollatur prius, fieri tamen poteſt, vt prius adhuc confirmetur poſte[illegible]re ſublato. Quamobrem dum teſt[illegible]r viuit: ratio omnium teſtamentorum h[illegible] debet, ideoque recte concluſum cum p[illegible]a extant teſtamenta: requiri ſpe[illegible]lam reuocationem, ſecus ſi vnum [illegible] præceſſerit teſtamentum, quia g[illegible]s reuocatio facta, de illo tant[illegible]tur, cum de nullo alio intell[illegible]

Adi-

Adferunt & quædam alia pro refutatione d. reſponſionis; ſed videtur mihi omnium clariſſima hæc replicatio.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt in d. l. ſi quis, in princip. cuius legis verba ſuperiùs retulimus.

Et in hanc ſententiam poſteriorem ego ſanè ſum procliuior. Illud enim in iuris quæſtionibus decidendis obſeruare ſoleo, & ſeruandum exiſtimo, vt, cùm lex & ratio extat, quæ ſpecialiter ad quæſtionem propoſitam pertineant, eis ſanè adhærendum potiùs quàm generalibus quibuſdam vel Regulis, vel Pronunciatis ad aliam materia pertinentibus, putem. Iam verò, cùm text. habeamus ad rem noſtram pertinentem, ex eo potiùs ius à nobis ſtatuendum reor. Hoc vult. Iuriſconſult. vt quoties teſtator aliquid proteſtatus eſt in futurum, non aliter valeat, quod aduerſus eam proteſtationem fit, quam ſi appareat ſpecialiter eum prioris voluntatis pœnituiſſe, & voluiſſe, vt omninò poſterior volũtas locum habeat, poſthabita priore voluntate. Huc enim pertinent illa verba textus. [*Si ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.*] Erit ergo prior voluntas reuocanda, & omninò declarandum à teſtatore, ſe velle, vt poſterius teſtamentum locum habeat: priore voluntate ſeu teſtamento cum ſuis proteſtationibus, & clauſulis infirmato.

Argumentum porrò contrariæ opinionis hoc tantùm probat; ex generali reuocatione teſtamenti prioris actum cenſeri de teſtamento illo, quod clauſulam habeat derogatoriam, quoties illud duntaxat, & non aliud teſtamentum præceſſit: Sed hoc non ſufficit ad tollendum illud primum teſtamentum, ſed requiritur, vt ſpecialiter appareat teſtatorem prioris teſtamenti pœnituiſſe, & vt hoc dixerit teſtator, quod fit per ſpecialem, non autem per generalem derogationem teſtamenti prioris. Confirmatur hæc interpretatio. Nam cùm teſtator in principio teſtamenti dicit, & quodammodo proteſtatur, [*Si cui bis legauero, ſemel deberi volo.* Et poſtea in eodem teſtamento, vel Codicillis ſæpiùs legat, ſine dubio hæc, tanquam vltima voluntas, videtur eſſe præferenda priori; ſed tamen quia prior voluntas ſequenti derogauit, requiritur, vt ſpecialiter dicat, ſe prioris voluntatis pœnituiſſe, & voluiſſe, vt plura legata darentur. Quamobrem ſola prioris voluntatis reuocatio non ſufficit, ſed neceſſe eſt, vt appareat teſtatorem id velle, vt valeat poſterior voluntas, & non prior; & ſic ſpeciali opus eſt derogatione, non autem generalis illa ſufficit; ſicut nec Iuriſconſulto ſufficit prioris voluntatis teſtatorem pœnituiſſe, (hoc ſanè æquiualet generali reuocationi teſtamenti prioris) ſed requirit etiam; vt teſtator voluerit contrarium eius, quod prius ordinauerat, nempè, plura legata dari; licèt ante dixiſſet, *ſemel deberi volo.* Et hoc eſt, quod paucioribus verbis dixit Couuarruuias loco ſuperiùs annotato, cùm dixit, non ſolùm neceſſariam eſſe mentionem teſtamenti prioris, ſed etiam Clauſulæ derogatoriæ in eo contentæ, quod non eſt neceſſarium, inquit in leg. 2. ff. de liberis & poſthumis: quia ſcilicet nulla præceſſerat derogatoria diſpoſitio teſtatoris.

CAPVT XCIII.

Vtrum fratris teſtamentum tanquam inofficioſum impugnare poſſit, ſi in eo ſpurium inſtituerit.

QVÆ paulò ante de fratris teſtamento inofficioſo diximus, in memoriam reuocant aliam inter Doctores Controuerſiam, quæ vt ſilentio prætereatur, æquum non eſt: Si frater teſtamento facto ſpurium aliquem hæredem inſtituerit, fratre præterito; vtrum liceat fratri teſtamentum impugnare tanquam inofficioſum? Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ; Altera, non poſſe. Altera verò poſſe. Prioris autores ſunt Cagnol. *ad l. 1. numer. 14. ff. de inoffic. teſtament.* Illuſtriſſimus & Reuerendiſſimus Cardinalis Paleotus *de nothis, & ſpurijs, cap. 55. numer.* *Rolandus à Valle, in conſil. 87. libro 3. Poſterioris Azo in*

 Sum-

Summa, Tit. ex quib. cauſ. infamia irrogetur. num. 4. Bart. Bald. Alexand. ad l. etſi perpercerit. ff. de liber. & poſthum. Iaſ. in conſil. 154. num. 5. lib. 1. & alij quos commemorat Anton. Teſſaur. deciſ. Pedemontana, 127. Sed longè latius Hartmannus Piſtoris quæ. Iuris Romani, lib. 1. c. 30.

Prioris ſententię fundamentum eſt; quia tunc frater impugnare poteſt fratris teſtamentum tanquam inofficioſum, cùm in eo turpis vel infamis perſona inſtituta eſt, *l. fratres. C. de inoffic. teſtam.* Sed ſpurius non eſt infamis, neque turpis perſona; Ergo teſtamentum, in quo ſpurius inſtitutus eſt impugnari non poteſt.

Aſſumptio probatur multis teſtimonijs. Primũ ex l. Spurij, *ff. de Decurionib.* Papinianus; [*Spurij Decuriones fiunt, & ideo fieri poterit ex inceſto quoque natus; Non enim impedienda eſt dignitas eius, qui nihil admiſit.*] Secundò ex l. crimen. ff. de pœnis, Calliſtratus: [*Crimen pro pœna paterna nullam maculam filio infligere poteſt.*] Tertiò ex l. legem, C. de naturalibus liber. ibi: [*Mouente miſericordia, qua indigni non ſunt, qui alieno laborant vitio.*] Quartò, [*quia naſci ex adulterio non eſt culpa naſcentis, ſed generantis.*] c. naſci, diſt. 56. & Ioan. Chryſoſtomus: [*Nunquam de vitijs,* inquit, *erubeſcamus parentum, ſed illud vnum quæramus, & ſemper amplectamur, virtutem videlicet,*] cap. Nunquam, eadem diſtinct. & D. Hieronym. inquit: [*Dominus noſter Ieſus Chriſtus voluit non ſolùm de alienigenis commixtionibus, ſed etiam de adulterinis naſci, nobis magnam fiduciam præſtans, vt qualicunque modo naſcamur, dum tamen veſtigia eius imitemur, ab ipſius corpore non ſeparemur, cuius per fidem membra effecti ſumus,*] c. Domin. eadem diſtinct. Denique ſatis conſtat, multos, qui Spurij fuerunt, viros egregios, & inſignes extitiſſe, & ad maximas dignitates euectos fuiſſe, *vt in c. Oſius, d. diſt. 56. & proſequitur Illuſtriſſimus Paleotus vbi ſupr.* Et quod attinet ad rem noſtram, ſatis conſtat nulla lege Spurios à ſucceſſione extraneorum excludi; ſed tantùm à parentum ſucceſſione, *vt in Auth. Ex complexu. C. de inceſtis nupt.*

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ illud eſt, quoniam vt fratris teſtament. impugnari poſſit tanquam inofficioſum, ſufficit, ſi in eo hæredes ſcripti fuerint infames, vel turpes perſonæ, [*vel leuis notæ macula aſpergantur,*] vt in d. l. fratres. C. de inoffic. teſtam. Sed Spurij videntur eſſe ſaltem tali macula aſperſi. Ergo teſtamentum, in quo Spurius inſtitutus eſt hæres, à fratre impugnari poterit.

Aſſumptio argumenti probatur; primò, quia ſcriptum eſt in ſacris litteris: [*Adulterorum filij Abominatio ſunt Deo,*] vt Sap. cap. 3. [*& adulterina planta non dabunt radices altas, nec ſtabilem ſedem ponent.*] Sapientię 4. Et ſcribit Bonifac. Martyr; genus hoc nec bello forte, nec fide conſtans, nec Deo amicum eſſe, vt in c. ſi genus, diſtinct. 56. & Calixtus Pontifex: [*Nos,* inquit, *ſequentes patres noſtros, infamia eos notamus, & infames eſſe cenſemus, quia infamiæ maculis ſunt aſperſi.*] In cap. coniunctiones, 35. quæſt. 2. Denique vt dicebat Innoc. III. [*Tam lex Moſaica, quàm Canonica ſobolem ſuſceptã ex adulterio deteſtatur, deteſtante Domino, qui ait; quòd Manzeres, & Spurij vſque ad decimam generationem in Eccleſiam non intrabunt, Canone verò vetante, tales ad ſacros ordines promoueri, ſecularibus quoque legibus non ſolùm repellentibus eos, à ſucceſſione paterna, ſed negantibus ipſis etiam alimenta.*] vt in cap. per venerabilem, Qui filij ſint legitimi. Et ideo S. Auguſtinus: [*Sanctius eſt,* inquit, *defungi ſine liberis, quàm ex illicito concubitu ſtirpem quærere,*] vt c. ſicut, 32. quæſt. 4.

Teſtimonijs autem in contrarium allatis reſpondent poſterioris ſententiæ autores; illa eſſe accipienda, quoad vitam æternam, & bona ſpiritualia, non autem quoad iuris effectus: Sed & proximè relatis autoritatibus reſpondent prioris ſententiæ defenſores, eas locum ſibi vindicare, cùm filij Spurij paterna flagitia imitantur, autoritate Gratiani in c. Cenomacenſem, in fine, 56. diſtinct. [*Adulterorum filij abominatio ſunt domino, ſed ſicut ſuprà dictum eſt* (inquit Gratianus) *de presbyterorum filijs: ita & hoc de filijs adulterorum intelligendum videtur, vt illi dicantur eſſe abominatio domino, ad quos paterna flagitia hereditaria ſucceſſione deſcendunt.*] Hactenus Gratianus, & idem in c. 1. §. 1. eadem diſtinct. [*Sed hoc intelligendum eſt de illis,* inquit, *qui paternæ incontinentiæ imitatores fuerint.*] Eandem interpretationem ſecutus eſt

Innoc.

Innoc. III. in c. niſi, §. perſonæ, de renunc. [*Quod ſcriptum eſt*, inquit, *Ego ſum Deus Zelotes, vindicans peccata patrum in filios vſque in tertiam & quartam generationem, in his, qui oderunt me, intelligitur in illis, qui contra me parentum odium imitantur.*]

Ego hac in re imprimis animaduerti nullam Legem, nullum Canonem extare, qui ſpurios ea, de qua agitur, macula notatos ſignificet. Obſeruaui quoque non vſque quaque eos integræ opinionis eſſe, ſicut legitimè natos. Negari enim non poteſt, quin aliquam ſaltem leuem maculam habere videantur, quò fit, vt in dignitate adipiſcenda, ſi competitorem habeant legitimè natum, is illis præferatur, *vt in l. generaliter. §. Spurios. ff. de decurionib.*

Ego igitur exiſtimarem (quod ad propoſitam quæſtionem attinet) diſtinguendum eſſe, vt, ſiquidem Spurij re & vita honeſti ſint, tunc nulla infamia, nulla macula aſperſi eſſe intelligantur, ideoque tutò poſſint hæredes inſtitui; Secùs autem, ſi paterna vitia ſectentur, moueor argumento ſumpto ex verbis Iuriſc. *in d. l. generaliter, §. Spurios. ff. de Decur.* ibi: [*Ceſſantibus verò his etiam Spurij ad Decurionatum, & re, & vita honeſti recipientur,*] Et ex verbis S. Ioan. Chryſoſtomi in c. nunquam, 56. diſtinct. [*Natus ex meretrice*, inquit, *ſi propria virtute decoretur, parentum non dedecoratur opprobrijs.* Et in cap. apoſtolica, & ſequ. eadem diſtinct. [*Quamuis filius Sacerdotis ſit, ſi cætera virtutes in eum conueniunt, illum non reijcimus, ſed ſuffragantibus meritis patienter ſuſcipimus.*

Capvt XCIV.

In materia iuris accreſcendi examinatur controuerſia Doctorum de coniunctis re, & verbis, an ab initio partes faciant, ad ſimilitudinem coniunctorum verbis tantùm.

Communis eſt & vera Doctorum ſententia coniunctos re, & verbis ab initio partes non facere; ſed per concurſum. Exempli cauſſa: Si teſtator dicat Titio & Meuio fundum relinquo, vel Titium, & Meuium hæredes inſtituo. Videtur relictus fundus cuilibet in ſolidum ex verbis teſtatoris, & ſimiliter ambo in ſolidum hæredes videntur inſtitui; ſed per concurſum partes faciunt ex mente teſtatoris; quia ſi ambo ad legatum concurrant, vel hæreditatem fit diuiſio, & quilibet eorum dimidiam tantùm habet, *Ita docet Bartolus ad l. re coniuncti, num. 22. Iaſon numer. 88. Ripa, numer. 74. Vaſquius lib. 3. de Succeſſionum progreſſu, §. 21. numer. 58. Antonius Fumeus Pariſienſis in tractatu de Coniunctionib. cap. de Coniunctione mixta.*

Probatur verò hæc ſententia ex l. quidam relegatus, §. *vlt. l. ſeq. ff. de rebus dub.* Caius: [*Si tibi & poſthumo ſuo, vel alieno hæreditatem reſtituere quis rogauerit; Vtrum ita poſthumus partem faciat, ſi natus ſit, an etſi natus non ſit, quæritur? Ego commodius dici puto, ſiquidem natus non eſt, minimè eum partem facere, ſed totum ad te pertinere, quaſi ab initio tibi ſolido relicto.*]

Item ex l. coniunctim, *d. l. 3.* Celſus; [*Coniunctim hæredes inſtitui, aut coniunctim legari, hoc eſt, totam hæreditatem, & tota legata eſſe ſingulis data, partes autem concurſu fieri.*]

Huc etiam pertinet, l. ſi mihi, & tibi, *d. l. 1.* ibi: [*Et ſi voluero, eam rem ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea ſit, &c.*] Et l. ſi duob. §. vltim. eod. tit. in verbo, *vindicabit.*

Denique ita docet Imperator Iuſtinianus *in §. ſi eadem, in Inſtitut. de legatis*, dicens: [*Si eadem res duobus legata ſit, ſiue coniunctim, ſiue disiunctim; Si ambo perueniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum, &c. Coniunctim autem legitur, veluti; Si quis dicat Titio, & Seio hominem Stichum do, lego.*]

Hoc exemplum pertinere ad coniunctionem re, & verbis factam, qua de agitur, probat l. triplici, ff. de verborum ſignificat.

Contrarium docent Zaſius prolixè admodum & accuratè, *lib. 1. Singul. Reſponſor. c. 18.* Franciſc. Duaren. *de iure accreſc. lib. 1. c. 11. & vt mihi videtur, Alciatus quoque ad d. l. Re coniunct, nu. 52. de leg. 3. nec non Anton. Goueanus lib. Sing. de iure accreſcendi, non procul à princip.* Iſti volunt coniunctos re, & verbis partes ab initio habere; non autem ſolidum. Et pro hac ſententia tria potiſſimùm adferuntur argumenta. Primum eſt; quia coniunctio iſta mixta eſt, nec facit nouam ſpeciem ab

alijs ſeparatam, ſed in totum vnam, aut alteram prorſus imitari debet, nempè aut coniunctionem, quæ re tantùm vocatur, aut quæ verbis tantùm. Sed magis ſimilis eſt verbali coniunctioni, in qua conſtat ab initio partes fieri, ergo in coniunctione iſta, quæ mixta eſt re, & verbis, partes ab initio fieri videntur; non autem per concurſum tantùm. Aſſumptio ſic probatur: [*Nam coniunctio verbalis* (inquit Zaſius) *ita coniungit, vt etiam à re non prorſus ſeparet, l. Re coniuncti, 2. reſponſo, quod etiam ex iure accreſcendi patet. Sed coniunctio realis à re ita coniungit, vt oratione & verbis omninò ſeparet, in huiuſmodi enim coniunctione neceſſe eſt orationes eſſe ſeparatas, d. l. Re coniuncti, in princip. id quod etiam expreſſa euidentia cognoſcitur. Cùm autem coniunctio re, & verbis, quam mixtam nominamus, ſit complexus nominis, & rei, d. l. Triplici, apparet, quod plus communicat cum verbali coniunctione, qua rem à ſe non prorſus ſeparat, quàm cùm reali, qua verborum nexum prorſus abhorret, & ſeparat. Ea ergo coniunctio, quæ eſt mixta re, & verbis, ſequetur naturam coniunctorum verborum, non coniunctorum re; Immò impoſſibile per naturam poſitiuam eſt, quod verbalis, & realis colligatio vllo pacto purè reali accedat, quando illa complexum habet nominis, & verbi, hæc verò à complexu verborum eſt alieniſſima.*] Hactenus ille.

Secundum argumentum eſt ex l. planè, §. *ſi coniunctim, de legat.* 1. vbi Iuriſconſult. [*Si coniunctim res legetur, conſtat ab initio partes fieri.*]

Nec valet illa reſponſio, textum loqui ſiue accipiendum eſſe, de coniunctione verbali; quia exemplum adfert, quod pertinet ad coniunctionem mixtam, qua de agitur, vtputà: [*Si Titio, & Seruo proprio ſine libertas, & cæt.*] Hæc enim eſt mixta coniunctio.

Tertium argumentum eſt; quia ſi coniuncti re, & verbis ſolidum ab initio haberent, vnius portio deficientis ad alterum coniunctum tranſiret ſine onere, vt declarat textus *in l. vna. §. vbi autem. C. de caduc. tollend.* ibi: [*Sin autem ad deficientis perſonam hoc onus fuerit collatum, hoc, nō ſentiat is, qui non alienum; ſed ſuum legatum immiminutum habet.*] Sed tranſit cum onere, vt docet Gloſſ. *ibi in verbo; Non ſentiat*, autoritate textus eiuſdem legis, *in §. vbi autem*, in illis verbis: [*Sin verò pars quædam ex his deficiat, ſancimus eam omnibus, ſi habere maluerint, pro virili portione cum omni ſuo onere accreſcere.*] Quæ ſententia eſt communiter recepta, *vt per Ripam in d. l. Re coniuncti, numer.* 195. Igitur coniuncti re, & verbis non faciunt partes per concurſum, ſed ſtatim ab initio ex verbis teſtatoris.

Ad primum argumentum reſpondetur, coniunctionem re, & verbis conſtituere tertiam ſpeciem diuerſam ac ſeparatam, vt patet ex l. Re coniuncti, de leg. 3. ex l. triplici, ff. de verb. ſignific. in quibus legibus fit mentio triplicis coniunctionis; & licèt in aliquibus videatur imitari naturam coniunctionis verbalis, non tamen poteſt negari, quin imitari debeat etiam aliqua ex parte naturam realis coniunctionis? Cur enim re, & verbis diceretur, ſi non participaret aliquo pacto etiam naturam realis coniunctionis? Quare valdè infirmum eſt illud argumentum, ex quo infertur coniunctionem hanc mixtam in hoc participare naturam verbalis coniunctionis, vt partes ab initio vnicuique attribuat. Nam id ſtatim, ac meritò negari poteſt; quia cùm contraria ſit in hoc natura realis coniunctionis, nobis exploratum eſſe non poteſt, vtrum in hoc ipſo ſequatur eius naturam, necne: Quamobrem rectè dicebat Pariſ. *in Commentar. d. l. re coniuncti, numer.* 47. Coniunctos re, & verbis tanquam mixtos participare naturam ſimplicium, [*Sed non in omnibus.*]

Ad ſecundum argumentum reſpondeo exemplum illud, quod adfertur in l. planè, §. ſi coniunctim: [*Si Titio, Seruo proprio ſine libertate, & cæt.*] Non pertinere ad verba præcedentia text. quibus dicitur, ſi coniunctim aliquid legetur, partes ab initio fieri; Sed ad verba ſequentia, quibus dicitur: [*Nec ſolùm ij partem faciunt, in quorum perſona conſiſtit legatum, verùm ij quoque, in quorum perſona non conſiſtit legatum, vtputà; Si Titio, & Seruo proprio ſine libertate legetur.*]

Quamobrem Iuriſconſult. non decl[illegible] ibi, vtrum Titio, & Seruo legitur [illegible] ſi[illegible] ſimpliciter relictum ſit, an verò æquis portionibus,

bus, quoniam eo exemplo id tantum voluit docere, eos quoque partem facere, in quorum perſona legatum non conſiſtit. Proinde ſumma ratione illa interpretatio recipienda eſt, vt dum dicit: [*Si coniunctim res legetur, conſtat partes ab initio fieri,*] intelligatur, ſi res coniunctim legetur, non ſimpliciter, (quo pacto cōiunctio deſignatur re & verbis ſimul) ſed æquis portionibus: ad quem modum conſtat fieri verbalem cōiunctionem, *vt in l. Re coniuncti, & in d. l. Triplici.* Cur ita? ne Vlpianus in d. §. ſi coniunctim, pugnet cum Celſo in l. cōiunctim, de leg. 3. ait Vlpian. [*Si coniunctim res legetur, conſtat ab initio partes fieri:*] Recte, ſi de verbali coniunctione agatur, ait Celſus: [*Coniunctim heredes inſtitui, aut coniunctim legari, hoc eſt, totam hereditatem, aut tota legata eſſe ſingulis data, partes autem concurſu fieri.*] Recte, ſi loquatur Celſus de coniunctione reali, aut mixta re, & verbis facta.

Ad tertium argumentum reſpondeo, negando ad coniunctum re, & verbis rem tranſire cum onere. Et quod attinet ad textum, qui adfertur in d. l. vna, §. vbi autē, & in §. præced. Reſpondeo, accipiendum eſſe Iuſtinianum de verbali coniunctione, ſicuti olim dicebat Petrus Bellapertica. Quæ ſententia manifeſte probatur hac ratione. Iuſtinianus *in d. §. vbi autem, in verſic. Sin autem ad deficientis.* dicit portionem deficientis tranſire abſque onere, quoties ab initio cuilibet res inſolidum relicta eſt, licet per concurſum partes faciant, coniungendo verſiculum: *Sin autem ad deficientis.* cum verbis præcedentibus ibi, [*Quia ſermo teſtatoris omnibus prima facie ſolidum aſſignare videtur, aliis ſuperuenientibus partes à priore abſtrahentibus, vt ex alterum quidem concurſu, prioris legatum minuatur.*]

Sed in coniunctione mixta, re & verbis, ab initio ſolidum aſſignatur coniunctis, & per concurſum partes fiunt, vt probatum eſt. Ergo, res non tranſit in coniunctum re, & verbis cum onere: Et conſequenter, dum idem Iuſtinianus dixit, tranſire cum onere in coniunctum, intelligendus eſt, vt loquatur de eo, qui verbis coniunctus eſt.

Et licet Imperator *in d. §. vbi autem, verſ. Sin autem ad deficientis.* loquatur de diſiunctis ſiue ſeparatis, qui tamen alias re coniuncti appellantur: eadem tamen ratio eſt in coniunctis re, & verbis, ſi ſententia iſta admittatur, nempe, ſolidum ab initio aſſignatum videri ſingulis coniunctis. Nec enim quidquam in contrarium efficere poteſt ratio coniunctionis in eadem oratione: quia hūc quidem effectum Bart. attribuit orationis coniunctioni & copulæ, ſed nulla lege id probat. Neque enim huc pertinet l. Seiæ. §. Caio, ff. de fundo inſtr. quam adfert Barto. vt dicebat Ripa *in d. l. Re coniuncti, nu.* 195. & patet ex verbis eius legis. Qualis vero eſt Ripæ eo in loco ratiocinatio? [*Si teſtator volebat onus accreſcere, facile erat cōiunctim ei diſponere. Ergo ſi coniunctim diſpoſuiſſet, onus etiam accreuiſſet.*] Nego enim illud ſequi in coniunctis re, & verbis, aut re tātum: quia iſtis ſolidum legatum ab initio aſſignatur. Quare dum in fine dicit Iuſtinian. (quę verba ponderantur à Ripa, licet non citentur) *nam ſi contrarium volebat* (ſcilicet, rem cum onere accreſcere) *nulla erat difficultas coniunctim ea diſponere.* Ego exiſtimo accipiendum Imperatorem non de omni coniuncto: repugnaret enim ſuperioribus, ſed de coniuncto verbis tantum: ad eum enim, vtpote ab initio vocatum ad partem tantū, merito coniuncti portio tranſire debet cum onere adiuncto. Poſt hæc ſcripta, legi Iacobum Cuiacium ad tit. de caducis tollen. non procul à fine Commentarij conſtituentē differentiam: vtrum coniunctis re, & verbis legatum per vindicationem relinquatur, an vero per damnationem: vt priore caſu, non niſi concurſu partes faciant legatarij, *l. coniunctim, de leg.* 3. Poſteriore autem ab initio quoq; partes faciant, *l. plane, §. ſi coniunctim, de leg.* 1. Sed cum hæc verborum ſolennitas ſublata ſit, *vt patet ex Iuſtiniano in inſtit. de Legatis. §. ſed olim.* & nihil hac de re ſit conſtitutum in legibus, quas Cuiacius adducit, nullaque mentio talis in propoſito differentiæ, dubito an viri doctiſſimi iudicium probari poſſit.

Capvt XCV.

Quomodo accipiendum, quod dicit Iuſtinianus in l. vnica, §. vbi autem, C. de caduc. tollend. vnius portionem deficientem, aliis coniunctis accreſcere, pro virili portione.

AVſim affirmare Paulum Caſtrenſem magis acute vidiſſe hac in re, quam Franciſcum Duarenum. Cum enim in materia iuris accreſcendi inter omnes cōſtet, portionem deficientem non accreſcere omnibus coniunctis æqualiter, ſed pro portione tantum hæreditatis, vel legati, *ex l. liber homo 59. §. cum quis. ff. de hered. inſtit. ex l. Mauio. 42. de leg. 2. notat Bart. ad l. Re coniuncti, nu. 56. de leg. 3. Ripa ibid. nu. 197. Aug. Berous in conſ. 11. nu. 25. lib. 2.* Cum, inquam, hęc ſit vera, & communis omnium ſententia, in dubium reuocatur, cur Imperator Iuſtinian. qui in l. vnic. §. his ita, C. de cadu. tollen. de hæreditate verba faciens, dixit: [*Hoc quod fuerit quoquo modo vacuatū, ſi in parte hæreditatis, vel partibus conſiſtat, aliis cohæredibus cum ſuo grauamine pro hereditaria parte, etiamſi iā defuncti ſint, adquiratur.*] Cur, inquam, in ſeq. §. vbi autem, de Legatarijs loquēs, dixerit, pro virili portione accreſcere, his verbis: [*Vbi autem legatarij vel fideicommiſſarij duo forte, vel plures ſunt quibus aliquid relictum ſit, ſi quidē hoc coniunctim relinquatur, & omnes veniant ad legatum pro ſua quiſq; portione, hoc habeat: ſin autem pars quædam ex his deficiat, ſancimus eam omnib. ſi habere maluerint, pro virili portione cum omni ſuo onere accreſcere,* &c.]

An quia ſit conſtituenda inter hæredes, & legatarios differentia? nequaquam. Frāciſcus Duarenus *lib. 2. de iure accreſcendi, c. 3.* virilem portionem accipit pro parte virili cuiuſque, etiamſi æqualis non ſit, *vt not. in l. virilis. ff. de verb. ſign. & ſic pro portione legati. Sic & Cuiac. ad tit. C. de cad. tollen. circa fin.*

Sed cum Iuſtinianus in eadem Conſtitutione ad aliud propoſitum explicauerit, quid pro virili portione intelligat, in §. ſed vt manifeſtetur, vbi: [*Pro virili omnimodo portione*, inquit, *id eſt, pro numero perſonarum,*] parum veriſimile videtur eum aliter intellexiſſe in d. §. vbi autem, aut ſi aliter intellexiſſet, non explicaſſe.

Verum Paulus Caſtrenſ. *in Commentariis d. §. vbi autem.* ſic rem iſtam explicat: [*In textu ibi pro virili portione* (verba ſunt ipſius) *dic hoc, ſi viriliter fuerunt honorati, æqualiter eis relictum, alias pro portionibus, quas habent in re legata.*]

Quod igitur alibi ſcriptum eſt, accreſcere pro portione legati, *vt in d. l. Mauio.* recte procedit & accipiendum eſt, cum coniunctorum legatariorum portiones inæquales ſunt.

Quod vero dicit Iuſtinianus pro virili portione accreſcere, accipiendum eſt, cum omnium legatariorum portiones ſunt æquales, *vt in d. §. vbi autem.* Recta mihi videtur expoſitio literalis, & vera.

Capvt XCVI.

Ius accreſcendi an locum habeat, cum non ipſo iure, ſed ope exceptionis deficit portio.

REcte, vt mihi videtur, docet Franciſcus Duarenus, *lib. 2. de iure accreſcendi, c. 19.* Iuri accreſcendi locum eſſe, ſiue deficiat portio ipſo iure, ſiue ope exceptionis, quoniam ſecundum iuris antiqui regulam nihil intereſt, verum ipſo iure actionem quis nō habeat: an vero ope exceptionis excludatur, *l. nihil intereſt, de reg. iur.*

Contrariæ ſententiæ fundamentū eſt in l. ſi duo patroni, ff. de iureiur. Vlpianus: [*Si duo patroni eſſent, & libertus altero deferente iuraſſet ſe libertum eius non eſſe: Vtrum alteri ſibi debita portionis, an vero dimidia debita ei, & ſua partis bonorum poſſeſſio competeret, Iulianus quærit, & ait: Si is, cui iuratum eſt, patronus fuiſſet, alteri ſua partis bonorum poſſeſſionem competere: nec ei prodeſſe, quod aduerſus alterum libertus iuraſſet.*]

Accurſius ibi in verbo, iuraſſet, opponit l. communi, ff. de bonis libertorum, Iulianus: [*Communi liberto* (inquit) *ſi ex duob. patronis alter iuſiurandū exegerit, ne vxorem ducat: ſiue viuo liberto deceſſerit: is, qui extra hanc culpam fuerat, vel ſuperuixerit, partis vtriuſque debita bonorum*

rum poſſeſſionem ſolus habebit.] Solutionem afferunt iſtam, nempe, Iulianum loqui eo in caſu, quo alter patronus ipſo iure patronatū amiſerat, vnde alteri accreſcere poteſt, quod omnino eſt amiſſum: Vlpianum vero loqui, cum ius patronatus non omnino eſt amiſſum per dilationem iuriſiurandi: obſtat enim tantum exceptio.

Ex his ſumpta eſt illa traditio, ius accreſcendi locum habere, quoties ipſo iure portio deficit: ſecus ſi deficiat ope exceptionis. *Ita Bart. ibi notat, & Zaſius. Ripa ad l. Re coniuncti, nu. 176. de leg. 3. Hyppol. Rimin. in conſ. 244. n. 305. lib. 3.*

Adfert etiam Zaſius pro confirmatione l. hæreditas, C. de his quib. vt indign.

Sed quod attinet ad l. ſi duo patroni, ratio deciſionis non eſt illa quam Accurſius commemorat: ſed quia iuſiurandum alterius (nempe liberti) alteri neque prodeſt, neque nocet, *l. 3. ff. de iureiur.* Quare nec alteri patrono prodeſſe debet, ſi actio, nec conuentio inter alios facta alijs prodeſt, *l. ſi vnus. §. ante omnia, ff. de pact.* cum itaque liberti iuſiurandum alteri patrono non proſit, nihil mirum, ſi patroni, qui iuſiurandum detulit, portio non accreſcit alteri patrono.

Cur autem apud Iulianum *in d. l. communi.* portio iuris patronatus vnius, accreſcat alteri, illa eſt ratio, quia vere defecit in perſona illius. Deficit enim ius patronatus, ſi patronus viuo liberto deceſſerit, ſi libertum non aluerit, ſi ad iuſiurandum adegerit ne vxorem ducat, *l. ſi patronus. 33. ff. de bon. libert. l. 5. l. qui contra, ff. de iure patronatus.* Iulianus autem loquitur in caſibus ſcilicet: [*Si ex duobus patronis alter iuſiurandum exegerit, ne vxorem ducat, ſiue viuo liberto deceſſerit.*] Quare deficiens portio alteri merito accreſcit.

Quod vero attinet ad l. hæreditas, illa nihil facit: ibi enim vnius hæredis portio alteri non accreſcit, ſed à fiſco vindicatur: quia erat indignus, & ideo pœnæ obnoxius, de qua in toto illo titulo. Quæ enim indignis auferuntur, ſicut olim, ſic & hodierno iure ad fiſcum pertinent, vel ad alias perſonas: intacta enim ea iura Iuſtinianus ſeruauit, *vt in d. l. vnica, §. quæ aut. in. C. de caducis tollend.*

CAPVT XCVII.

Is qui non admittitur ad partem, an faciat partem ad impediendum ius accreſcendi.

IMperator Iuſtinianus: [*Si eadem res duobus legata ſit, ſiue coniunctim, ſiue disiunctim, ſi ambo peruenerint ad legatum, ſcinditur inter eos legatum, ſi alter deficiat: quia aut ſpreuerit legatum, aut viuo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet.*] §. ſi eadem, in Inſtit. de leg.

Idem Iuſtinianus in conſtitutione, quam edidit de caduc. tollendis. Codici inſerta, ſtatuit, vt quocunque modo deficiat pars rei legatæ, ea accreſceret coniuncto, ijs exceptis, quæ vt indignis auferuntur, & fiſco applicantur, *iuxta l. vnicam, §. quæ autem* C. *de caduc. tollend.*

His autoritatibus adductus, ego ſic ſtatuo: antiquas leges locum non habere, in quibus dicitur eum, qui ad partem non admittitur, partem tamen facere coniuncto, atque impedire, ne totum habeat. Nam cum ipſius portio deficiat, nec eam capere ipſe poſſit: videtur potiùs coniuncto debere accreſcere ex lege Iuſtiniani. Exemplum: cum Titio & Mæuio legatus eſt Stichus, qui Titij erat, *l. huiuſmodi §. ſi Titio. de leg. 1.* ſi Titio & Seruo proprio ſine libertate legetur, *l. plane. §. ſi coniunctim, eodem titul.* Item cum duobus legatum eſt, quorum alter non fuit in rerum natura, *l. ſi duobus. ff. eod. tit. & alia eiuſmodi.* His caſibus portionem accreſcere coniuncto, ex noua Iuſtiniani Conſtitutione, tametſi veteres leges aliter ſtatuerint, puto, Autorem habeo Duarenum *l. 2. de iure accreſcendi, c. 18.*

Quamobrem & Bartolum, *ad huiuſmodi. §. ſi Titio, de leg. 1.* & poſt eum Zaſium, *libro 1. Singul. Reſponſor. cap. 19. & Ripam. ad l. Re coniuncti, num. 140. de leg. 3. & Cagnolum ad l. vnicam, C. quando non petentium partes, &c. nu. 57.* & ſi qui ſunt alij, fruſtra laboraſſe contendo in diſtinguendis caſibus, in quibus is, qui

qui non admittitur ad partem, facit partē: cum ex lege Iuſtiniani partem non faciat amplius coniuncto, nec locus antiquis legibus eſſe queat: Qua tamen in re doctiſſimorum virorum ſententiam libenter audirem, præſertim vero Huberti Giphanij collegæ mei, cuius acre iudicium, ac ſummam in legem modis explicādis peritiam, eruditionemque variam, ac plane ſingularem, iamdiu admiror, ac ſuſpicio.

CAPVT XCVIII.

Quæ ſit ſententia l. re coniuncti, ff. de leg. 3.

PAulus [*Re coniuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus ſeparatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio & Seio fundum æquis partibus do, lego, quoniam ſemper partes habēt legatarij. Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui & re, & verbis coniunctus eſt. Quod ſi re tantū cōiunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem, ſi vero verbis quidē coniunctus ſit, re autē non quæſtionis eſt, an coniūctus potior ſit: & magis eſt, vt ipſe præferatur.*]

Exploſa veterum ſententia, amplector eam, quam Alciatus, Duarenus, & alij recētiores amplexi ſunt, hanc verbis Pauli interpretationem adhibendam, vt poſtquam explicauit, qui dicantur re coniuncti. Item qui verbis, tres quæſtiones proponat ac decidat verbis ſequentibus.

Prima quęſtio eſt, ſi aliqui ſint cōiuncti re, aliqui verbis, aliqui re & verbis ſimul, & vnius portio deficiat, ad quem pertineat ex coniunctis eius, in cuius perſona deficit, vtrum ad coniunctum verbis, an re: an potius ad eum, qui & re & verbis coniunctus eſt. Paulus reſpondit re & verbis coniunctum cæteris omnibus præferri. Secunda quæſtio eſt: Vtrum is, qui re tantū coniunctus eſt, præferatur ei, qui verbis tantum coniunctus eſt. & reſpondit Paulus non præferri. [*Quod ſi re tantum, inquit, coniūctus ſit, conſtat non eſſe potiorem.*] ſcilicet coniuncto verbis tantum, quod enim potior non ſit coniuncto re & verbis, in prima quæſtione declaratum eſt, quia dictum & concluſum eſt re & verbis coniunctum cæteris præferri. Tertia quæſtio eſt, vtrum cōiunctus verbis tantum, præferatur ei, qui re coniunctus eſt: & reſpondit Paulus præferri: [*Si vero verbis quidem*, inquit, *coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an coniunctus potior ſit, & magis eſt, vt ipſe præferatur.*

Aduerſus hanc interpretationem opponitur primo, l. ſi quis, 66. ff. de hæred. inſtituend. ſecundo l. Mæuio. 42. de leg. 2. [*Si ita* (inquit Pomponius) *hæredes inſtituerit: Titius hæres eſto. Caius & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto, quāuis & ſyllaba coniunctionem faciat, ſi quis tamen ex his decedat, non aliter ſoli pars accreſcit: ſed omnibus cohæredibus pro hæreditarijs portionibus: quia non tam coniunxiſſe, quam celerius dixiſſe videatur.*

Mæuio (ait Priſcus Iabolenus) *fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego eundem fundum Titio lego. Si Seius deceſſerit pars eius vtrique accreſcit: quia cum ſeparatim & partes fundi, & totus legatus ſit, neceſſe eſt, vt ea pars, quæ ceſſat, pro portione legati cuiq; eorum, quibus fundus ſeparatim legatus eſt, accreſcat.*]

Reſpondeo, quod attinet ad locum Pōponij, cauſam adferri à Iuriſconſulto, ob quam is, qui verbis coniunctus eſt, cæteris non præfertur: ſed portio deficiens omnibus coniunctis accreſcit: [*Quia*, inquit, *non tam coniunxiſſe, quam celerius dixiſſe videatur.*] Hoc eſt: licet videatur teſtator hæredes coniunxiſſe Caium, & Mæuium, cum dixit: [*Caius, & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto.*] quoniam ſyllaba, &, coniunctionem facit, & ſic videantur illi verbis coniuncti, ac proinde, ſi alterius portio deficiat, alteri ſoli accreſcere debere: quoniam verbis coniunctus potior eſt, ac præfertur, re coniuncto tamen non præfertur: quia non ea fuit teſtatoris voluntas, vt eius coniungeret, ſed vt ſeparatim inſtitueret, hoc modo: Titius hæres eſto, Caius hæres eſto, Mæuius hæres eſto, breuitatis autem cauſa celerius dixit: Caius, & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto.

Ad textum autem Iaboleni reſpondeo, rationem ibi adferri à Iuriſconſulto, quare portio deficiens omnibus accreſcat: quia ſcilicet, [*ſeparatim & partes fundi, & totus fundus legatus ſit,*] quaſi dicat non eſſe hic quæ-

quærendum; an vnus ex coniunctis, nempè, verbis coniunctus, alijs potior eſſe debeat: licèt enim coniuncti verbis dicantur, quibus eadem res relinquitur pro æquis portionibus; tamen id intelligitur, cùm in eadem oratione fit non in diuerſa, id eſt, cùm coniunctim id fit, non ſeparatim, quare cùm [*ſeparatim & partes fundi, & totus fundus legatus ſit,*] verbalis coniunctio ceſſare debet, ideoque pars decedentis omnibus accreſcit pro portionibus hæreditarijs, quia vnus alio magis coniunctus non eſt.

Hic breuem, & vt arbitror, perſpicuam ac ſolidam obſcuræ, ac difficilis controuerſiæ explicationem habes, quæ mihi non paruo labore conſtat.

CAPVT XCIX.

Quæ ſit ſententia l. mulieri, & Titio, ff. de condit. & demonſtr.

PApiniani verba hæc ſunt: [*Mulieri & Titio vſusfructus, ſi non nupſerit mulier, relictus eſt. Si mulier nupſerit: quamdiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit; partem vſusfructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato mulieri conceſſum eſſe intelligendum eſt, quantum haberet ſi conditioni paruiſſet. Nec ſi Titius, qui conditione defectus eſt, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.*]

Malè generalem ex hoc loco Bartolus infert concluſionem; ceſſare ius accreſcendi, quoties portio legati ex iure quodam ſpeciali acquiritur contra voluntatem teſtatoris, ſicut hic mulier partem ſuam vſusfructus habet, licèt non paruerit voluntati teſtatoris ex quodam iure ſpeciali; quia videlicet illa conditio, ſi non nupſerit, non valet. Malè, inquam, Generalis regula hinc ſtatuitur, ſicut oſtendit Alciatus *lib. 6. Paradoxorum, cap. 8.* & ſanè nihil eſt periculoſius, quàm ex vno caſu, qui ſuas habet circumſtantias, & rationes, Regulam Generalem conſtituere.

Quod verò attinet ad ipſam legis ſententiam, non idem omnes ſentiunt, *vt videre licet ex Socino ſeniore in Commentarijs eius loci. Ripa ad l. re coniuncti, num. 145. de leg. 3. Cagnolo ad l. vnicam, C. quando non petent. partes, num. 68. Vaſquio de Succeſſionum creatione, lib. 1. §. 10. num. 130. Duareno de iure accreſcendi, lib. 2. cap. vltim.*

Ac ſanè de duobus eſt controuerſia. Vnum eſt, an Papiniani hæc ſit ſententia, vt Titius ſuam obtineat portionem, dum vixerit, & in eodem ſtatu manſerit. Alterum, an Titio mortuo, vel capite minuto, portio ipſius mulieri accreſcat. Quod attinet ad primum, Duarenus grauiter deceptus eſt; exiſtimauit enim Titium quoque ſuam legati partem obtinere, contra l. 1. C. de indicta viduitate tollenda, vt Imp. Gordianus ita ſcribit: [*Legatum alij ſub conditione ſic relictum, ſi vxor nuptui ſe poſt mortem mariti non collocauerit, contractis nuptijs conditione deficit, ideoquè peti legatum nequaquam poteſt.*]

Et hoc eſt quod Papinianus dicit, Titium conditione defectum, nil prodeſſe mulieri, licèt repudiauerit legatum, nam ei non debetur; & ideò repudiatione ſua mulieri non prodeſt, vt totum habeat.

Quod verò attinet ad alterum, exiſtimo Socinum falli, docentem, Titio mortuo, vel capite minuto, eius portionem mulieri accreſcere, argumento ex illis verbis ſumpto à contrario ſenſu; [*Quamdiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit,*] igitur eo mortuo, vel capite minuto, totum mulier habebit; Fallitur, inquam, niſi ego cum Duareno fallor; quantum textus dicit, mulierem plus conſequi non poſſe nubendo, & ſic conditioni non parendo, quam conſecuta eſſet, ſi conditioni paruiſſet, & ſic nequaquam nupſiſſet. Tunc enim dimidiam tantum vſusfructus habuiſſet, quia Titius ſuam quoque legati portionem obtinuiſſet.

Quod autem Papinianus ait; [*Quamdiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit,*] non eo pertinet, vt eo mortuo, vel capite minuto, totum legatum mulier habeat; quia ſtatim Iuriſconſultus docuit, plus eam habere non poſſe, quàm habuiſſet, ſi conditioni paruiſſet; ſed eò ſpectat, vt intelligamus, viuente Titio, & in eodem ſtatu manente, rationem dubitandi fuiſſe, vtrum mulier totum haberet vſumfructum, dimidiam videlicet ex ſua perſona, & dimidiam ex per-

perſona Titij, quia cùm Titius conditione defectus nihil poſſet petere, dicendum videbatur, ob eam cauſſam mulierem totum petere poſſe, vt ſcilicet, ipſa in locum Titij ſubſtituta (erat enim ei coniuncta) quodammodo videretur; ita vt ſaltem quoad Titius viueret, idem iuris haberet, quod Titius, ſi non fuiſſet conditione defectus, haberet. Cæterùm, quia conditioni non paruit, vt dictum eſt, Papinianus reſpondit, non poſſe eum plus habere. Quod ſi mortuus eſſet Titius, vel capite minutus, non erat illa ratio pro muliere: quia morte, vel capitis diminutione conſtat vſumfructum finiri, §. *finitur, in Inſtitut. de vſufruct.* Sicut ergo, ſi Titio pars vſusfructus deberetur, illa deficeret; & ad proprietatem rediret eo mortuo, vel capite minuto; ita nullo modo dubitandum videbatur; quin ſi Titius iam conditione defectus moreretur, vel capite minueretur, mulier prorſus excluſa foret, vſufructu, ſcilicet, tunc finito, & ad proprietatem reuertente. Atque ego ſic exiſtimo, nec huius me ſententiæ pœnitet.

CAPVT C.

Vtrum fideicommiſſa, & alienationis probibitio extendantur vltra quartum, vel decimum gradum. Item vltra centum annos.

CORONIDIS loco huius Centuriæ, ac libri inſignem tractabo controuerſiam: Vtrum extendatur fideicommiſſum, alienandique probibitio vltra quartum gradum, qua de re extat Iuſtiniani Nouella 159. *de reſtitutione fideicommiſſ.* Variæ ſunt atque diſſidentes interpretum ſententiæ. Vna eſt eorum, qui ſimpliciter dicunt, non extendi. *Ita Angelus in Authent. de reſtitutione fideicommiſſi, num. 4. Ioannes Bertachinus in ſuo Repertorio, in verbo, Alienatio, verſic. 80. Decius in conſil. 321. num. 1. Bartholomæus Socinus in conſil. 43. num. 11. lib. 3. Iaſ. ad l. vltim. num. 5. C. de hæred. inſtit. Ioan. Crotus in repet. l. filiusfamilias, §. diui, num. 174. de leg. 1. Alciatus ibid. num. 52. Nicolaus Valla, variarum quæſt. cap. 3. Bartholomæus Romuleus de teſtatorum præceptis, num. 181. Franciſcus Hotomannus in conſil. 61. numer. 12. & ſequentibus.*

Secunda eſt ſententia, regulariter quidem vltra quartum gradum non extendi, ſed hoc non habere locum, ſi teſtator illam adiecerit rationem prohibitioni alienationis; quia voluit bona ſua ad ſuos deſcendentes perpetuo peruenire. *Ita omnium primus docuit Iacobus Beluiſius in d. Nouel. de reſtitutione fideicommiſſi, & ſequitur Bart. ibi, numer. 3. Alexand. in conſil. 56. num. 1. lib. 2. & in conſil. 59. num. 4. lib. 3. Dec. in conſil. 481. num. 9. conſ. 516. num. 16. conſ. 635. num. 8. Iaſ. ad l. filiusfamil. §. diui, in prima lect. num. 113. & in 2. lect. num. 155. de leg. 1. Ruin. in conſil. 123. numer. 17. lib. 2. & in conſ. 124. num. 2. eod. Curtius iunior in conſil. 88. numer. 2. Dianeus Cephalus in conſil. 124. num. 35. conſil. 137. num. 38.*

Tertia eſt ſententia, non eſſe diſcrimen ſtatuendum, verum teſtator vſus fuerit verbo, familiæ, an verbo, deſcendentium; ſed fundamentum eſſe ponendum in verbis, quibus teſtator dixit ſe velle, vt bona ſua perpetuo in familia conſeruarentur; tunc enim prohibitio alienationis ac fideicommiſſum vltra quartum gradum porrigitur. *Ita Ripa ad l. filiusfam. §. Diui, num. 112. de leg. 1. Socin. iun. in conſil. 81. numer. 23. lib. 2. Pariſius in conſ. 88. num. 23. lib. 2.*

Quarta eſt ſententia; Nouellam Iuſtiniani prohibitionem reſtringere ad quartum gradum, etiamſi teſtator voluerit bona ſua perpetuo conſeruari in familia, ſed tamen ſeruandam non eſſe dictam Nouellam, quoties ex coniecturis percipere poſſumus, teſtatorem voluiſſe eam prohibitionem perpetuam eſſe, & maximè ex moribus regionis. *Ita Didacus Couuarr. lib. 3. var. reſolut. c. 5. poſt num. 4. verſ. verum Iuſtinianus.* Et ab hac ſententia non videtur multum diſſentire Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib. 8. tit. 2. num. 22.* dum ait ſe ſubſiſtere, nec temerè à communi Doctorum interpretatione vſu recepta recedendum eſſe, quoniam nec leges ipſæ alia ex cauſſa nos tenent, quàm quod iudicio populi receptæ ſunt: & leges ipſæ firmantur, cùm moribus vtentium approbantur.

Poſtrema eſt ſententia Iacobi Cuiacij in expoſitione dictæ Nouellæ 159. [*Generaliter* (vtor eius verbis) *ex ea Nouella conſtituendum*

eſſe

eſſe prohibita alienatione extra familiam. & ex ea cauſa vocatis ijs, qui ſunt ex ea familia iure fideicommiſſi, fideicommiſſariam ſubſtitutionem non extendi vltra quartum gradum, videlicet, ſi extraneus exſtiterit heres per medium impuberem, vt mater per abnepotem in pupillari ætate decedentem in propoſita ſpecie, quæ eſt ſumma Nouellæ; non temerè extendenda ad omnes ſpecies. Nam etiamſi priora, quæ dixi, detrahas, non eſt tamen detrahenda hæc adiectio. Si per medium impuberem extraneus extiterit heres, quæ non magnam rationem habet; nam ius ita eſt, vt liceat in infinitum ſubſtituere. Et videtur hæc Nouella ex earum numero eſſe, quas Harmenopulus Tribonianum compoſuiſſe narrat obſcurè & ambiguè pecunia corruptum; vt & Nouella 2. & 106. & recantata pleraque. Hactenus Cuiacius.

Hæ ſunt aliorũ ſententiæ. Vt autem quid ſtatuendum ſit, quæ nam potior ſit, & eligenda ex dictis ſententijs interpretatio, operæpretium duxi ipſius Nouellæ verba hic apponere: etſi enim prolixa ſit, erit tamen valde commodum Lectori, habere ante oculos ipſa verba legis, ex quibus quę ſit reijcienda; quę probanda ſententia, facilius intelligat. Apponam autem Nouellam ſecutus Holoandri tranſlationem, quoniam Iuliani tranſlatio multos continere dicitur errores, & intricata & obſcura eſſe.

Imperator Iuſtinianus, &c. Tantum nobis benignitatis adeſt, vt ne priuatas quidem cauſas, quæ iudicum nobis inquiſitionem ſuperare videntur, legibus noſtris definire indignum putemus; ne ſi quãdo priuata cauſa audientiam in iudicium deferri ſolitam excedat, lõga mora eos, qui in iure controuerſo hærent, atterat. Aliquoties igitur glorioſiſſ. vir Alexander ad nos retulit, glorioſæ memoriæ patrem ſuum Hierium, cùm teſtamenti tabulas conſcriberet, hiſce verbis vſum eſſe, volo & iubeo, vt heredes mei, Conſtantinus quidem clariſſimus vir deputatam ſibi domum cum omnibus (vt præſcriptum eſt) cohærentibus ibi iuribus, & ſuburbium in Coparijs appellatum. Item cum omnibus (vt præſcriptum eſt) iuribus ad ipſum pertinentibus, & domum Antiochiæ ſitam emptam ab Ammiano: Anthemius verò dulciſſimus ſuburbium in Blachernis dictum, redemptum à glorioſæ memoriæ viris Eugenio & Iuliano, & ſuburbium in promontorio ſinus Soſthenij, quod olim in dominio Ardaburij glorioſæ memoriæ fuit: Callipius autem clariſſimus vir ſuburbium Bitharium ſiue Philothei nuncupatum: & Alexander clariſſimus vir ſuburbium in Venetis, neque per venditionem, neque donationem, neque permutationem, neque quocunque tandem titulo in alium transferant reijciantve, aut eam domum, ſeu præſcripta quinque ſuburbia, è meo nomine & mea familia alienent: ſed ſi quidem (quod Deus faxit) naſcantur filij, & relictis poſt ſe filijs aut nepotibus, ſiue legitimis, ſiue etiam naturalibus, moriantur: vt pro ſe quiſque deputatum ſibi ſuburbium, aut domos tam in hac regia vrbe, quàm Antiochiæ poſitas, filijs ac nepotibus legitimis, aut etiam naturalibus ſuis relinquant. Perſuaſum etenim habeo, quod neque in naturalibus liberis ac nepotibus diſpoſitionem, voluntatemquè hanc meam negligent. Si verò in vniuerſum oẽs, aut aliqui, aut vnus ex ijs (quod abominor) ſine liberis decedat, volo & iubeo, vt qui liberis orbi aut orbus mortem obierit, ſuperſtitibus aut ſuperſtiti ex ipſis fratri præſcriptas domos, tam quæ in hac vrbe, quàm quæ Antiochiæ eſt, & iterũ prius declarata quinque ſuburbia cum omnibus eorum iuribus, & omnibus denique rebus, & perſonis, quæ ijs continentur, citra vllam exceptionem reſtituat; ceſſante videlicet inter eos fideicommiſſorum, ſeu legatorum ſeruandorũ cauſa, ſadiſdatione. Volo etenim ac iubeo, ne quiſquam ab alio huius generis ſatiſdationem expetat: ijs vel eo, qui præter paternam & pietatis erga ipſos pleniſſimam intentionum meam à fratribus ſuis ſatiſdationem in rebus abalienari prohibitis expetere pertentauerint, vel pertentauerit: omni modo eius fideicommiſſi amiſſionẽ ſuſtinentibus vel ſuſtinente. Atque hæc quidem ipſum protuliſſe in teſtamento; conſcripſiſſe autẽ & Codicillum, in quo talibus propemodum verbis vſus ſit: Manifeſtum planè facio, quòd pridem teſtamentum per ſcripturam fecerim, & quæ in eo conſcripta ſunt, ex animi mei ſententia compoſuerim: voloquè ac iubeo, vt omnia, quæ in eo teſtamento cõtinentur omni modo firmitatem obtineant: his ſolis exceptis, per quæ forte in hoc meo Codicillo, vel aliquid mutauero, vel relicta alicui legata redemero. Volo igitur ac iubeo, vt ſuburbiũ illud meum, quod Coparia appellant, quod in propoſito teſtamẽto magnificẽtiſſimo filio meo Conſtantino reliqui, detur, & pleno proprietatis atq; poſſeſſionis iure ad clariſſimũ pariter & generoſiſſimum nepotem meum Conſtantini magnificentiſſimi filij mei filium Hierum, ſimul vniuerſum pertineat, cum omnibus prætorijs, quæ

in eo ſunt, & omnibus ſcalis, & quæ vel intra vrbē, vel extra vrbem pro penſione elocantur, ædibus atq; officinis, & balneo & hortis tam intra quàm extra muros exiſtentibus, & hypodromo, neque non horto, qui in ipſo eſt, & ciſterna, atq; omni denique iure, quod vllo modo in eo mihi ſuburbio competit. Id ipſum verò ſuburbiū tunc demum, prædicto præclariſs. nepoti meo Hierio dari volo, cùm primùm poſt meam mortem patris ſui poteſtate ſolutus, per emācipationem ſui iuris factus erit; nulla licentia eidem generoſiſs. nepoti meo concedenda, vt præfinitum rei terminum excedat, aut ijs qui vel ex hoc meo, vel eiuſdem clariſſimi nepotis teſtamēto in eadem iura ſucceſſerint, vt idem ſuburbium, vel partem eius aliquam, vel iure diuēdant, permutentve, aut alicui donent, aut quocunque modo denique abalienent: propterea quod hoc ipſum ſuburbium, & ædes ſitum ſitaſve intra portā muri ficulnei, qua via duci ad ſacroſanctum martyrium ſanctæ Teclæ, per omnia & perpetuo velim permanere in familia mea, neq; vnquam de meo nomine egredi. Volo autem & iubeo, ſi quidem eueniat, vt generoſiſs. nepos meus Hierius, vel intra pubertatē, vel etiam poſt pubertatem, ſine liberis tamen legitimo matrimonio procreatis, moriatur, vt eius ſuburbi, ſiue ædium poſſeſſio, ſimul & proprietas perueniat, & deferatur aut reſtituatur magnificentiſs. patri eius Conſtantino ſub eadē conditione, ne vnquam de familia mea, meoq; nomine abalienentur. His ita confectis ipſum quidem è rebus humanis abijſſe. Hierium verò glorioſæ memoriæ domum quidem Theophili ſitam, quæ ſucceſſione paternæ ad ipſum peruenerat alijs perſonis vēdidiſſe; ipſam autem domum, quæ in hac alma vrbe eſt, & inſuper ſuburbium, quod illi Codicillo datum erat, in quibus omnibus interdicta fuerat alienatio, ad cōſtantem glorioſæ memoriæ filium ſuum tranſmiſiſſe, illumque rurſus prægnante vxore relicta vitam finijſſe, ſcripto prius teſtamēto, in quo diſpoſuerit, vt ſi puer vel natus non eſſet, vel natus ante pubertatē mortuus eſſet, tam glorioſiſſima eius mater Maria, quàm inclyta etiam vxor eius altera Maria ad ſucceſſionem eius vocarentur. Poſtea verò quàm nata filia in ipſa infantia, & teneram adhuc ætatē agens humanis rebus exceſſit, cùm reliquam ſubſtātiæ partem, tum etiam domum in ampla hac vrbe, & inſuper ſuburbium, quod expreſſis verbis Hierio glorioſæ memoriæ in Codicillis relictū fuit, ad inclytas mulieres deuoluta eſſe; meritoque tam ex teſtamento, quàm ex verbis Codicilli, domum iuxta & ſuburbium vindicandi ſibi locum datum, vtpote, quæ ſola hoc tempore ex Hierij glorioſæ memoriæ liberis ſuperſtes permanſerit, & primum gradum in nomine familiæ obtineat. Verùm qui pro Maria, & Maria glorioſiſs. fœminis faciebant verba, ij aiebant, neque Teſtamenti verbis vllum locum factum eſſe. Neque enim Cōſtantem glorioſæ memoriæ abſq; liberis ex rebus humanis abijſſe, vt vtrarumq; ædium reſtitutioni locus ſit. Sed neque ſuburbij nomine ritè ſecundùmque leges Alexandrum glorioſiſſimum virum haſce adoriri: cùm & ipſe ſuburbium, quod ipſi relictum fuerat, in quo communis pater æquè, vt in cæteris alienationem illi prohibuit, ante id tempus alienauerit; ſed & alios fratres idem hoc feciſſe. Et leges noſtras ſi quidē omnes ordine, in quibus huiuſmodi aliquid definitū ſit, defuncti voluntatē tranſgrediantur: ex æquo omnibus reſtitutionem adimere: ne ſi viciſſim alter alterum mutua petitione in ius vocent, multis in vna cauſa ſubdantur iudicijs, legeſque de hoc propoſitas nobis reuocarunt in memoriam. Alexander autem glorioſiſſimè rectè ſe actionē intentare aiebat, & maximè de vtriſque ædibus; defunctum enim ſatis manifeſtè ſuam in Codicillis ſententiam de his rebus declaraſſe, cùm res familiæ conſeruari voluerit, ſed multò iuſtioribus rationibꝰ ſe niti in ſuburbio. Neque enim rectè illas ſibi alienationem exprobrare, cui ex Imperiali iuſſione hoc facere indultū fuit. Ac prolixis in ea cauſa diſputationibus vtraque pars vſa eſt, nunc teſtatoris interpretando voluntatem, nunc noſtras vſurpando leges quas in rem quæque ſuam facere arbitrabatur. Nos igitur cùm & legum, & teſtamenti interpretationē perſpectam haberemus: non nuda ſententia, ſed lege eius cauſæ deciſionem complectendam duximus, ſimul vt præſentē dirimeremus controuerſiam, ſimul vt cæteris mouendæ de his contentionis anſam præriperemus. Vnde ſubtilius pariter & exactius teſtamenti verbis innixi, deprehendimus ipſis quidem filijs hæreditatem capeſcentibus, alienationem interdictam, ſine liberis vita functuri eſſent; non vlterius verò his etiam, qui eis ſuccederent: ſed contentum fuiſſe defunctū, ſi inter filios duntaxat alienationis interdictum conſtitueret; neq; enim ſi & ipſi re[illegible]is filijs decederent, maiore ipſum cura perquiſiuiſſe, cui aut quomodo res relinquerentur, nec voluiſſe alienationis interdictum vltra filiorū vitam extendere. Enimuerò Codicillū, qui de ſuburbio dūtaxat factus fuit, interdixiſſe ijs etiam, qui ex teſtamenti glorioſæ memoriæ Hierij (de iuniore loquimur) res per ſucceſ-
ſionem

ſionem cepiſſent, ne ſuburbium alienarent, & quod conſequenter inducitur, in his quoq; defunctum voluiſſe, vt id quoque perpetuo in familia permaneret. Et quidem, quæ in cõtrouerſiam deducta ſunt, eiuſmodi fuerunt. Nos vero cum totam cauſam cũ diligentia, qua decet, penitus intueremur, in aliis quidem rebus, quarum ſane Conſtantinus glorioſa memoria, Hierij ſenioris filius, ex paternis teſtamenti tabulis dominus factus fuit, præclare nullam quæſtionem excitandam rati ſumus, arcendumq; in his actione non ſolum Alexandrum glorioſiſſimum virum, ſed etiam omnem reliquam familiam: cum & teſtamenti verba prohibitionem inter ſolos conſtituant filios: & ipſi glorioſa memoria, Hierij filij, per quos, qui poſt eos illius familia portio extiterunt, Hierij ſibi iura vindicant, nonnullas apud ſe conſtitutas res alienauerint, perinde quaſi ex vna voluntate ſubſtitutionem interdixerit. Quod autem id ſuburbium attinet, cuius dominum codicillis oſtendit eſſe glorioſa memoria Hierium, præter modum ſcrupuloſa nobis diligentia plenum viſum eſt, ſi poſt quatuor demum generationes huiuſmodi quæſtion. perduceremus in medium. Nunc certe cum Maria & Maria glorioſiſſ. fœminæ etiamnum ſuperſint, quas alioubi & ipſas noſtræ leges in familiam reponunt, vt quæ ſponſas quoq; has appellatione dignentur: neq; recte, neq; ordine Alexander glorioſiſſ. vir litem à ſe prætentam inſtituit. Quia vt maxime hæ deceſſiſſent: tamen quod quatuor iam generationes præteriiſſe viderentur, haud ſuſtineremus tam abſoletam cauſam denuo tradi iudiciis, & maxime cum Conſtantis filia in pupillari adhuc ætate vitam finierit. Vnde tametſi teſtamentum ille non confeciſſet, ſuburbium tamen ad matrem eius perueniſſet: non ipſa pupilla, ſed ipſa quodammodo lege bonorum cauſa exiſtente: quamuis nemo ſucceſſorum glorioſa memoria Hierij circa voluntatem eius deliquiſſet: licet enim Conſtans cum teſtamenti tabulas conſcriberet, ſubſtitutiones quaſdam fecerit, filia intra pubertatem mortua; nihil tamen inde excellens introducitur: cum & ipſa lex pupillæ ſubſtãtiam matri, quaſi ea ſic teſtamenti tabulis deceſſiſſet, per ſe præbitura eſſet. Sancimus igitur, vt neque glorioſiſſ. vir Alexander, aut eius filij, neq; reliqui ſenioris Hierij glorioſa memoria liberi, neque alius quiſquam omnium, qui genus ſuum in eorũ familiam referunt, vel Mariam & Mariam glorioſiſſ. fœminas occaſione rerum apud ipſas conſiſtentium, vel alios, apud quos aut hoc tempore res exiſtant, aut ad quos ſequente tempore peruenturæ ſint, in quibus alienationem forte Hierius glorioſa memoria prohibuit, adoriantur iudicio, aut omnino mẽtionem de cætero prohibitionis & familiæ nominis faciant, & aliquid ſibi exinde ius adquirant: vtpote, cum & alij Hierij glorioſa memoria filij res ſuas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus conſenſerint, ac per eas, neque non alias, quas prædiximus, rationes, quæ ad huiuſmodi iudicationem, & legiſlationem abunde nobis ſufficiunt ſibi pariter & ſucceſſoribus ſuis, actiones quæ ipſi potuiſſent competere ſuſtulerint.

Atque hæc non tantum præſentis cauſa deciſio eſto, ſed & reliquarum, in quibus huiuſmodi prohibitione facta, tot ſucceſſiones prætcrint, & vltimus hæredum, per interuenientem aliquem in medio impuberem hæreditatem capeſſat.] Hactenus Nouella:

Iam igitur poſitis ante oculos verbis Nouellæ breuiter diſpiciamus, quæ ſit ex iam relatis ſententia probabilior. Atque in primis apparet, priorem ſententiam recipiendam non eſſe, quæ habet fideicommiſſum, & prohibitionem alienationis ſimpliciter & abſolute ad quartum gradum reſtringẽdam, & illum excedere non poſſe. Confutatur hæc ſententia ex Nouellæ verbis, ex quibus duo colligere licet: Primum Imperatorem quidem innuere vltra quartam generationem extendendam non eſſe prohibitionem, ſed tamen non hoc abſolute docere: nec ea ratione duntaxat niti eius deciſionem ac legem. Id patet ex verbis deciſionis poſitis in ipſa concluſione, quæ maxime ſpectanda mihi videtur, illi, inquam verbis: [*Vtpote cum & alij Hierij glorioſa memoriæ filij res ſuas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus conſenſerint, ac per eas, neque non alias, quas prædiximus rationes, quæ ad huiuſmodi iudicationem & legiſlationem abunde nobis ſufficiunt,* &c.]

Ex quibus verbis patet, non vnã hanc rationẽ de prohibitione non extendenda vltra quartũ gradũ Imperatorẽ mouiſſe, ſed etiam alias. Quod ſi hæc ratio ſola ſufficeret, atq; ea eſſet mens ac intentio Iuſtiniani, vt nullũ fideicommiſſum, nulla prohibitio quartum excederet gradum, cur non id dixiſſet? Cur alias rationes addixiſſet?

quib. ff. de legib. in c. vltim. de conſuetudine, & in l. omnes populi. ff. de iuſt. & iure.

Vnus ergo, vt tandem concludam, Iaco. Cuiac. quem ſupra retuli, in poſtrema ſententia videtur mihi propius ad veritatem acceſſiſſe: idem enim docuit, quod lex ipſa, vt ex collatione verborum vtriuſque facile intelligetur. Sic igitur ſtatuo, ſi omnes circumſtantiæ, quæ propoſitam Imperatori ſpeciem comitantur, alienationis prohibitioni ac fideicommiſſo, quæ nobis proponentur ad decidendum fuerint adiunctæ, tunc recte ac ordine facturum eum, qui ad quartum generationis gradum alienandi prohibitionem ac fideicommiſſum reſtrinxerit. His ceſſantibus, antiquis legibus, quæ de fideicommiſſis, ac prohibitionibus loquuntur, nec ea ſic reſtringunt acquieſcendum putamus.

Solet etiam dici, fideicommiſſa tempus centum annorum excedere non poſſe: neq; decimũ gradum inter agnatos, ſiue cognatos, quæ an ſint recipienda, diſpiciamus. Quod de centũ annis dixi, affirmauit Decius *in conſil. 378. circa fin.* & ſecutus eſt D. meus Cephal. *in conſ. 268. n. 25. lib. 2.* Sed nõ recte, quod ante me notauit Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib. 8. tit. 2. n. 23.* Fundamentum enim illius ſententiæ primũ eſt in d. Nouel. *de reſtit. fideicommiſſ.* de qua multa diximus, vbi certe nullum verbum inuenias hac de temporis præfinitione centum annorum.

Secundo eſt in eo poſitum: quod legatũ annuum, cẽtum annorum ſpacio extinguatur, *vt not. Bart. ad l. annua. §. vltim. ff. de annuis legat.* Sed iure non probatur hæc ſententia, prætcrquam in legato vſusfructus ciuitati relicto, *vt in l. ſi vſusfructus ff. de vſu & vſufru. legato.* Et denique conſtat, in infinitum olim licuiſſe ſubſtitutiones fideicommiſſarias facere, *ex l. pen. §. inſtituto, de lega. 2.*

Quod vero adiũxit de decimo gradu: ex Petri Ancharani reſponſo 95. affirmauit Dec. *in conſil. 321. num. 2.* non recte, vt viſum etiam eſt Didaco Couar. *lib. 3. variar. reſolu. c. 5. poſt num. verſ. Quinto hinc*, vbi dicit, eorum reſponſa minime eſſe obſeruanda, æquiſſime defendi poſſe, inſpecta teſtatoris voluntate, ſimul & conſiderata communi horum fideicommiſſorum interpretatione. Fundamentum enim eorũ eſt, quoniam vſque ad decimum gradum tantum eſt ſucceſſio inteſtati agnatorum, *vt in §. vltim. in Inſtit. de legitima ſucceſſio. cognator.* Et ideo ad hunc vſque gradum moderanda eſſe videtur teſtatoris ſubſtitutio proximorum ſeu agnatorum. Sed non recte hoc infertur: primo, quia teſtatoris fideicommiſſa, vel in infinitum ſe extendunt, ſi leges antiquas ſpectes, teſtatore ita iubente, vt dictum eſt: vel vſq; ad quartum gradum duntaxat porriguntur ſecundum Nouellam ſupradictam. Secundo, quia alia eſt ratio ſucceſſionis teſtati, alia inteſtati. Nam inteſtatorum bona nullis exiſtentibus cognatis ad fiſcum pertinent, ſi nec vir exiſtat nec vxor, *l. 1. C. vnde vir & vxor.* & ſic ad extraneos peruenire non poſſunt, quoniam illis fiſcus præfertur. Cæterum in ſucceſſione teſtati alia eſt ratio: quia ad eos bona perueniunt, ad quos peruenire voluit teſtator: & ideo cum ad omnes in infinitum peruenire vult agnatos, non debet aliquis excludi quocunque gradu defunctum contingat: quoniam nec extraneus excluderetur, ſi extraneum teſtator ſubſtitueret.

ANDREÆ FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER QVINTVS.

CAPVT PRIMVM.

Defenſio c. Rainutius, de Teſtamentis, aduerſus Franciſci Hotomanni hæretici obiectiones.

FRanciſcus Hotomannus, natione Gallus, profeſſione Iuriſconſultus, ac eruditus vir, de iuriſprudentia, deq; omni re literaria bene meritus dici poſſet, niſi hæretica prauitate imbutus, aliquam ſcriptorum ſuorum partem hæreſis veneno aſperſiſſet; ac proinde (id quod hæreticis omnibus commune eſt) omnem occaſionẽ aduerſus ſacros Canones ac Rom. Pontificem ſcribendi perperam quæſiniſſet, ac inter alia eius ſcripta diſputatio extat contra Innoc. III. deciſionẽ *poſitam in c. Rainutius, de Teſtamentis.* qua demonſtrare conatus eſt, Summum illum Pont. contra iuris regulas peccaſſe, multaque noua & iuri repugnantia ſtatuiſſe. Ego vero operæ pretium duxi, nec ab inſtituto hoc meo alienum, eius argumenta refellere, quamquam ſacri Canones per ſe iuſtiſſimi alicuius patrocinio & defenſione non egeant. Erit igitur hæc mihi controuerſia cum Hottomano. Negat ipſe Pont. Maxim. recte ac iuri conuenienter reſpondiſſe: Ego autem affirmo, atque contendo contrarium.

Argumenta Hotomani ſunt iſta: Primum, Sum. Pontif. hoc vult in eo reſponſo, vt ex bonis filiæ, quæ reſtitutioni obnoxia ſunt, mater, & auia paterna ſuas tertias detrahere poſſint, hoc eſt, legitimas: ſed hoc eſt abſurdum, & contra leges pugnat. Ergo reſponſum illud defendi non poteſt, & abſurda continet.

Maior propoſitio probatur ex illis verbis text. [*Cum autem coram G. Diacono Cardinali auditori à nobis conceſſo fuiſſet diutius litigatum; ipſe de mandato noſtro ſententiam ſupradicti iudicis, videlicet in eo, quod dixit tertiam Cloræ, & tertiam Adelaſiæ integraliter deducendas, pronunciauit iniuſtam, & ab ea legitime prouocatum, definens: ſic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita, &c.*]

Minor autem eſt manifeſta, primo, quia vbi mater & auia paterna filio morienti ſuperſunt, ſoli matri tanquam proximiori ſucceſſio defertur, auia excluſa, *vt habetur Nouella 118. §. 2.* Si non debetur auiæ ſucceſſio: ergo nec legitima: quia legitima portio eſt ſucceſſionis ſiue hæreditatis ab inteſtato debitæ: *l. parentibus, C. de inoffic. teſtament.*

Secundo probatur, quia etiamſi mater & auia ſimul admitterentur, tamen nõ ſingulis tertia pars legitimæ nomine deberetur, ſed ambabus vna tantum tertia pars, ſiue triens, *§. vlt. in Inſtit. de inoff. teſtam.*

Tertio, quia in ſpecie, de qua loquitur Summus Pontifex, non agitur de bonis ſiue hæreditate filiæ Adiectæ, ſed de bonis Rainutij patris ac teſtatoris, qui per fideicommiſſum Alterochæ ea reliquerat, ſi adiecta abſque liberis moreretur, vt patet ex illis verbis: [*Adiecta vero impuberi reliquit certa bona ſua adijciens, vt Alterocha & ſoboles, quam geſtabat in vtero eidem impuberi ſuccederent, ſi abſque liberis moreretur.*]

Cum ergo non de bonis filiæ, ſed de

bonis

bonis patris agatur, nihil legitimæ nomine deberi poteſt matri, vel auiæ paternæ, legitima enim ei tantùm debetur, qui ad hæreditatem vocatur. Ad hæreditatem autem illam Rainutij non vocabatur mater & auia Adiectæ, vt patet, ſed filiæ, quæ aderant.

Reſpondeo, Summi Pontificis reſponſum ad deciſionem nihil abſurditatis continere; quia loquitur non ſecundùm ius commune, ſed ſecundùm conſuetudinem Ciuitatis, in qua cauſa agebatur. Id patet ex illis verbis textus: [*Præcepit etiam idem iudex, de ijs rebus illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant ſecundùm Tuſcanæ conſuetudinem Ciuitatis.*] Id annotauit Gloſſ. *in verbo,* [*Tam tertia.*] Neque verò credibile cuique videri poteſt ex iure communi ita reſpondiſſe Summum Pontificem; quis enim ignorat patrefamil. defuncto, hæreditatem ſpectare ad filios, non ad matrem, vel vxorem defuncti; fuitne tam rudis ille, vt hæc iuris principia neſciret? Aut ignota ſunt ſtatuta Ciuitatum & conſuetudines, quibus eſt conſtitutum, vt præmoriente viro, vxor lucretur tertiam bonorum partem: ſicut & econtrario, vxore præmoriente maritus tertiam partem dotis lucretur?

Hic aduerſarius replicat hoc modo: [*Cum autem* (inquit) *Gloſſematarius huius decretalis interpres, tantam abſurditatem animaduerteret, medicinam quæſiuit. Adſcripſit enim probabilius ſibi videri, duas illas matris, & auiæ tertias non ex ciuili, ſed potius ex Longobardico iure detrahi, propterea quod eo loco, vbi earum mentio fit, ita ſcriptum eſt: Illas tertias deducendas, de quibus deduci poterunt ſecundùm Tuſcanæ conſuetudinem Ciuitatis. Sed videamus, ne ſi ex eo loco argumentari liceat tertias illas iure Longobardico detrahi, ſimiliter concludi debeat, legitimæ detractionem, quæ Adiectæ deberi dicitur, ex eodem Longobardico iure attributam ei fuiſſe. Vbi enim de illa agitur, ita ſcriptum eſt: Legitimam retinendam de his rebus, de quibus ſecundùm Tuſcanæ conſuetudinem Ciuitatis fieri conſueuit. Quod quàm abſurdum ſit nemo non videt. Verùm, vt illud omittamus, eſtne veriſimile tam barbaram, feram & inhumanam in vlla Tuſcanæ ciuitate receptam eſſe conſuetudinem, vt mater, & vxor patrisfamilias duos de ipſius matrimonio trientes auferant, neque eis liceat ſuis liberis, quantumuis multis, præter vnum trientem relinquere? &c.*]

Reſpondeo, Gloſſæ interpretationem veriſſimam eſſe. Quòd enim ſummus Pontifex loquatur de iure municipali ciuitatis Tuſcanæ, facilè euincunt verba iam relata, & ipſa rei veriſimilitudo. Quod verò iſte dicit, etiam ea, quæ ſubijciantur in ea decretali de legitimæ detractione filiæ Adiectæ, ſecundùm eandem conſuetudinem accipienda eſſe ex verbis relatis, & abſurdum eſſe, nihil obſtat, primò: quia non dicit Summus Pontifex legitimam Adiectæ detrahendam tantùm propter conſuetudinem Ciuitatis, ſed dicit in hunc modum; [*Quia verò pater Adiectæ ipſam in legitima non potuit aggrauare, legitimam ipſam, videlicet eius partis, quæ ſibi debebatur, ab inteſtato deducendam cenſuit, & etiam retinendam, Ita quòd deductio fiat tantummodo de his rebus, de quibus ſecundùm conſuetudinem Tuſcanæ ciuitatis fieri conſueuit.*] Et paulò ſuperiùs loquens de legitima in bonis matris, & auiæ debita, dixit eam iure naturæ deberi.

Ex his patet, legitimam deducendam eſſe ex iure communi, tanquam iure naturæ debitam. Sed ex certis duntaxat rebus ſecundùm Tuſcanæ conſuetudinem Ciuitatis, Vnde conſuetudo iuri conformis in hoc erat, vt legitima deduceretur; ſed ius eam detrahendi non concedebat ex omnibus rebus, quæ ſanè interpretatio, ac ſententia literalis eſt, & verbis textus prorſus conſentanea. Sed cùm agitur de legitima matris, & auiæ detrahenda, alia eſt ratio; neque enim illud accipi poteſt ſecundum ius commune; quia iuri cõmuni repugnat, vt mortuo patre filijs ſuperſtitibus mater & auia legitimam deducant: Sed aduerſarius nihil penſi habuit, vt Summum Pontificem abſurda ſcripſiſſe in illa epiſtola iactaret.

Secundò, etſi dixerimus legitimam filiæ Adiectæ deducendam fuiſſe, atque illi attribuendam ſecundùm Tuſcanæ conſuetudinem ciuitatis, nihil tamen abſurditatis inde ſequitur. Cur enim abſurdum videri poſſit; ciuitatem idem ſtatuiſſe, quod ius commune Cæſareum, vt nempè legitimæ,

quo aſſignaretur ex bonis fideicommiſſo ſubiectis? Quamobrem Hotomanus nec probat hanc abſurditatem, nec vbi conſiſtat indicare voluit. Rectè, nulla enim est, ideo demonſtrari non poterat.

Cùm verò miratur tam barbaram eſſe conſuetudinem, vt patrefamilias defuncto mater, & auia duos trientes auferant, & vnus tantùm triens filijs relinquatur, in eo ſanè hallucinatur; quoniam inprimis non de omnibus rebus deduci poſſunt trientes ſupradicti matris, & auiæ, vt patet ex textu, deinde, quia & mater, & auia dotes ſuas filijs conferre debent; neque enim veriſimile eſt eas & dotes præcipuas habere, & prætereà trientes bonorum. Tertiò, quia & ex ipſis trientibus matris, & auiæ legitima deducenda eſt filiorum defuncti patrisfamilias, vt patet ex verbis illis textus: [*in eo, quod dixit tertiam Clera, & tertiam Adelaſiæ integraliter deducendas pronunciauit iniuſtam, & ab ea legitimè prouocatum, definiens, ſic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita Alterochæ, illi ſalua ſit in vtraque, & cæt.*] Quartò, quia duæ ſunt perſonæ. Rainutij vna, altera patris ipſius, quare mater eius tertiam deducere poteſt, ratione patris Rainutij, Vxor autem ratione Rainutij: nec rarò accidit, vt talia extent ſtatuta Ciuitatum, vel conſuetudines, vt præmoriente viro, vxor tertiam partem aliquorum bonorum lucretur: præſertim, quia contra etiam ita diſponunt, vt præmoriente vxore vir lucretur tertiam dotis partem; vt ſuprà dictum fuit. Denique alia poſſunt conſiderari, ex quibus conſuetudinis illius ratio, & iuſtitia eluceat. Et ideo non ſic temerè affirmare oportet illam barbaram eſſe, & feram & inhumanam conſuetudinem.

Tertiò dicit Hotomanus: [*Si qua huiuſmodi conſuetudo in iſta Ciuitate valuiſſet ſuperius in exponenda cauſa, mentio aliqua de tertio triente, de quo paterfamilias diſponere inter liberos poterat, facta ſine dubio fuiſſet, nimirum Rainutium trientem illum, de quo liberè ſtatuere poterat, ſuis illis filiabus attribuiſſe.*]

Reſpondeo, negando conſequentiam; neque enim ſummus Pontifex in exponenda cauſa mentionem vllam facere debuit, niſi eorum, quæ ex facto proponebantur. Non proponebatur autem ex facto Rainutium filiabus ſuis vllum trientem attribuiſſe, ſed ita planè de rebus ſuis ſtatuiſſe, vt in epiſtola continetur. Ex facto enim propoſito ius oritur, nec reſpondens ad propoſitam facti ſpeciem, quid iuris ſit, debet factum immutare, vt notum eſt.

Quartò, ita pergit Hotomanus: [*Præterea locus eſt apertiſſimus, ex quo intelligi poteſt duarum illarum tertiarum detractionem de ſola hereditaria Adiectæ portione petitam eſſe. Cùm enim Alterocha reſtitutionem poſtulaſſe dicitur, non dubium eſt, quin eorum tantùm bonorum reſtitutionem poſtularit, quæ Adiectæ attributa, & relicta, & fideicommiſſo deſtinata à Rainutio fuerant. Atqui poſtea dicitur licere Petrucio de illis bonis ab Alterocha poſtulatis duas illas matris, & auiæ tertias detrahere, ex quo perſpicuum eſt, eas non de vniuerſo Rainutij patrimonio, ſed præcisè de hac hereditaria portione Adiectæ attributa detractas fuiſſe. Verba autem hæc ſunt: Coram quo Alterocha bona quondam Rainutij, tanquam ex cauſa fideicommiſſi, vel ſubſtitutionis ſibi debita, petijt tutore filiorum ex aduerſo dicente, quod de bonis illis tam tertia Clera, & tertia Adelaſia vxoris eiuſdem, quam quarta per Trebellianum nomine ipſius Adiectæ erant ante omnia deducendæ, quibus ex verbis perſpicuè intelligitur, tres iſtas detractiones, de his ipſis bonis ſumi, quæ fideicommiſſi nomine poſtulabantur, neque aliunde duas Clera, & Adelaſia tertias exigi, niſi vnde Trebellianica petebatur, nam eodem ex fonte omnes hauriri apparet: cùm textus eas coniunctim de certis bonis poſtulari oſtendat, non autem duas ex iure Longobardico, tertiam ex iure ciuili.*]

Reſpondeo, vitioſam eſſe Hotomani argumentationem, hæc enim eſt: Duæ tertiæ, quas detrahunt Clera mater, & Adelaſia vxor, ex portione Adiectæ, detrahuntur, ſicut & Trebellianica ex eadem portione detrahitur, ergo eodem iure ciuili omnes detractiones fiunt, ſicut enim Trebellianica ex iure ciuili detrahitur, ita & aliæ duæ tertiæ. Nego Conſequentiam, Hotomane: quid enim proponitur, licèt ex vnius bonis omnes detractiones fiant, quin diuerſis tamen ex fontibus, vt puta vna fiat detractio ex iure ciuili, aliæ ex iure Tuſcanæ Ciuitatis?

Tol-

Tollitne ius ciuile conſuetudinem ciuitatis Tuſcanæ in ea parte, qua matri, & vxori licet tertiam deducere? aut Tuſcana Ciuitas tollit Senatuſconſult. Trebell. autoritatem, Cur ergo ita ratiocinaris, quaſi non liceat, & iuris communis, & conſuetudinis patriæ iuribus, vti inuicem non repugnantibus? Illud obiter monendi ſumus, mirum aut iniquum videri non poſſe: ex vnius Adiectæ portione deduci tertiam matris & auiæ, quoniam ſic ſtatuere debemus Alterochæ minus fuiſſe relictum, quæ erat altera filia teſtatoris Rainutij, ita vt ſuam duntaxat legitimam habitura eſſet, & ideo ex eius portione nihil detrahi potuiſſe: Vel matrem & auiam ex portione ſua conſecutas fuiſſe, quicquid conſequi debuerant trientis ſupradicti nomine; ita vt ex portione quoque bonorum Adiectæ relictorum pro rata deductioni locus foret. Decet enim cum de aliqua diſputatur, cætera rectè, vti conuenit, aut ſupponere, aut imaginari, de quibus nulla eſt diſputatio aut controuerſia.

Denique ita ſcribit Hotomanus: [*Neque verò plura de Gloſſatorum interpretatione dicenda ſunt, præſertim cùm tota illorum in tertijs deducendis ratio nemini probari poßit. Nam ſi ponamus in Rainutij bonis fuiſſe LIV. tres autem perſonas Cleram, Adelaſiam & Adiectam tertias ex eis petere, non ſic rationem inibimus, vt Clera de LIV. detrahat XVIII. poſt Adelaſia de reliquis XXXVI. auferat XII. ad extremum Adiecta de hiſce XII. quatuor abſtrahat, Cùm enim vnicuique earum eodem iure, eodemquè temporis puncto legitima debeatur, quis non videt ex eadem quoque ſumma ſingulis ſuam portionem attribuendam? Neque Cleram Adelaſiæ, aut hanc illi anteferendam eſſe? ſed vnam ſimul omnibus illis tribus legitimam de toto Rainutij patrimonio attribuendam, quam pariter æquabiliterquè inter ſe partiantur, verbi gratia XVIII. omnibus, quemadmodum ex §. vlt. de inoffic. teſtam. ſuperius demonſtratum eſt. Verum, vt antea diximus, quæſitum emplaſtrum eſt, quòd iſta vlcera non ſanaret, ſed tegeret, &c.*]

Reſpondeo, rectè Gloſſatores rationem inire, & Hotomanum neſcio quibus tenebris inuolutum videri. Etenim ipſa Clera mater Rainutij, quæ fuit vxor patris ipſius Rainutij, detrahere debet ante omnes alios tertiam partem ex LIV. quæ ex patris hæreditate ad Rainutium peruenerunt: ſuppoſito enim ſtatuto, quo ſit cautum, vt præmoriente viro vxor lucretur tertiā partem bonorū eius, ſequitur, vt mortuo Rainutij parente, qui Cleræ maritus fuit, ipſi Cleræ debeatur tertia pars bonorum. Poſtea Rainutius Adelaſiæ vxori ſuæ præmoritur, & illa quoque tertiam partem habere debet, ſed non omnium LIV. ſed eius quod remanet detracta tertia parte matris Rainutij; illa enim tanquam anterior & potior prius deducere ſuam tertiam potuit ex LIV. quæ reliquit in bonis vir ipſius, qui fuit parens Rainutij. Detracta tertia parte Adelaſiæ, tunc locus eſt detractioni legitimæ Adiectæ; quia & illa prius deducenda eſt, cum ius Adelaſiæ ſimiliter antiquius ſit, & ideo tanquam æs alienum deduci debeat ante filiorum legitimam, *l. Papin. §. meminiſſe. ff. de inoffic. teſtam.* & hac ratione inita nulla eſt abſurditas: imò iuri omnia ſunt conſona: quia prior tempore, potior eſt iure: & priora ac potiora iura habenti, prius eſt ſatis faciendum. Prius itaque ſatisfit Cleræ; vtpote anteriori, & ex LIV. aſſignantur illi XVIII. Secundò Adelaſiæ, cui pro tertia aſſignantur XII. ex XXXVI. quæ reſtant, & ex reſiduo fit detractio legitimæ Adiectæ, ſicut præclarè docet Gloſſator. Et licèt fiant eodem tempore omnes detractiones, non tamen fiunt eodem iure: ſed ratio habetur anterioritatis iurium ſingularum mulierum, & diuiſio fit, vt fieri debet, prius deducto eo, quod prius deducendum eſt, ſicut in rationibus ſupputandis diuiſionibuſque faciendis ſeruari oportet: neque enim ruſticano more æqualiter, vbi iura ſunt inæqualia, diuiſio fieri debet, ſed iuſtè & geometricè, ac ſecundùm vniuſcuiuſq; iurium ac creditorum proportionem. Et ex his primum, quod attulit argumentum Hotomanus, ſatis, vt arbitror, confutatum eſt.

Secundum argumentum: [*In ea Decretali, nouū aliud ius cōſtituitur* (verba ſunt Hotomani) *Mater & auia paterna ſpem ſua legitima in l omnis ſuperſtiti filia, qua reſtitutioni obnoxia ſunt. vendere extraneo & donare poſſunt: Cùm enim Petratij liberis hac omnia & eorum tutoribus adiudicentur,*

entur, perſpicuum eſt, alienationes illas, quæ à matre & auia facta dicuntur, confirmari, quæ de re ita diſputari poteſt. Primum, quod iſto modo venditio hæreditatis viuentis confirmatur, contra l. 1. cum ſimilibus. ff. de hæred. & act. vend. vbi Vlpianus ait; propterea id non poſſe, quia venderetur res, quæ nulla eſt, & in rerum natura non eſt, quod autem de tota hæreditate dicitur, idem de legitima, quæ ipſius pars eſt, dicendum eſſe conſtat, ex vulgata l. quæ de tota ff. de rei vend. Denique paciſci de legitima viuentis non licere nemo neſcit ex l. ſi quando, 35. §. 1. ff. de inoff. teſtam. ex l. 1. §. fin impubere, ff. de collat. Præterea, iſto modo pactum, quod mali ominis eſt, id eſt, quo liberorum ſpes extinguitur, confirmatur, contra l. inter ſtipulantem, 80. §. Sacram. ff. de verb. oblig. Nam iſtius duplicis trientis ſperati, venditio, non aliter rata eſſe poteſt, quàm ſi Adiecta ſine liberis deceſſerit. Poſtremò abſurdum videtur, quod iſto pacto ius legitimæ, quod certis perſonis proprium eſt, & in eas propriè conuenit, tamen extraneo creditur, nimirum Petrucio Adiectæ marito. Cùm tamen ea quæ certis perſonis propria ſunt, cedi extraneo non poſſint, quemadmodum de vſufructu traditur in §. finitur, de vſufructu l. ſi vſusfructus, 66. ff. de iure dot. de fideicommiſſo verò in l. ſi mulier, 56. §. ex aſſe. ff. eod.]

Reſpondeo breuiter; Nam iſte toto errat cœlo, & cœlum ſuis ferit telis argumentorum fruſtra ſanè, & inutiliter, non hic matrem & auiam alienaſſe ſpem eis competentem in bonis filiæ reſtitutioni obnoxijs: ſed alienaſſe ius, quod eis de præſenti competebat poſt mortem Rainutij. Etenim mortuo parente Rainutij, mater Clera tertiam bonorum partem lucrata fuit ex ſtatuto ſeu conſuetudine Tuſcanæ Ciuitatis. Similiter & Adelaſia mortuo Rainutio lucrata fuit tertiam partem bonorum eius, meritò illa donare potuit, hæc autem vendere. Nullo enim iure quis prohibetur hæreditatem, aut partem eius vendere, vt conſtat ex titu. de hæreditate & actione vendit. Quare omnia, quæ adferuntur ad probandum, non valere pactiones alienationis bonorum viuentis, ac legitimæ, fruſtrà adferuntur; nec ad rem pertinent, cùm, vt dixi, Clera mater & Adelaſia vxor defuncti Rainutij non alienauerint viuentis Adiectæ hæreditatem, aut partem eius, ſed tertiam bonorum partem, quam iam tempore alienationis ob mortem Rainutij & patris eius conſecutæ fuerant; quæ quidem alienatio omni iure permiſſa eſt.

Tertium argumentũ: [*Cùm mater & auia paterna* (inquit Hotomanus) *ſuas legitimas de vnius filiæ bonis detraxerunt, altera filia de iiſdem legitimis ſuam legitimam detrahit, quo iure conſtitutum video detractionem ex detractione concedi. Nam de matris legitima ſuam legitimã filia detrahit, quod quàm abſurdum ſit, nemo non videt, nam neque acceſſionis acceſſio, neque detractionis detractio vſquam conceditur: vtpote cùm hoc contra naturam ſit: quemadmodum de vſuris vſurarum, aut vſuris fructuum, aut fructuum fructibus traditur in l. placuit, 19. cum ſimilibus, ff. de vſuris, & de Falcidia, in l. Pœnales. §. ſi Titio, ad leg. Falcid. Eodem illud quoque accedit, quod iſta Alterocha legitima præcisè & peculiariter de legitimis matris eius, & auiæ detrahi dicitur: nam ſi qua detrahẽda fuit, nõ de illis particulis, ſed vniuersè de tota illarum hæreditate, quæ mortis tempore reperta eſt, illam deduci oportuit, l. cùm quæritur, 6. C. de inoffic. teſtam.*]

Reſpondeo, falſum eſſe fundamentum, quo iſte nititur, nempè matrem & auiã paternam ſuas legitimas de vnius filiæ bonis detraxiſſe. Nã eas detraxerũt ex bonis Rainutij defuncti, Clera quidem mater eã ob cauſam, quod vir eius, nempè Rainutij pater, fuerit præmortuus: Adelaſia autem eam ob cauſſam, quod Rainutius eius maritus ſimiliter ante eam deceſſiſſet: & hæc vigore ſtatuti ſiue Conſuetudinis Ciuitatis diſponentis, vt mortuo viro vxor lucraretur tertiam partem bonorum eius. Ex bonis igitur Adiectæ relictis à teſtatore Rainutio deducere potuerunt Clera auia paterna & mater Adelaſia tertias iſtas: & ſic Petrucius, cui donatæ & venditæ fuerunt dictæ tertiæ, cùm ad reſtitutionẽ vrgeretur Alterochæ faciendã ex ſubſtitutione, deducere poterat has tertias: ſed quoniam Alterocha actrix filia erat Adelaſiæ, & Cleræ neptis, meritò allegabat ex dictis tertijs deducendam eſſe legitimã ſibi debitam, neq; enim obſcuræ ſunt leges, quibus eſt cautum, cùm per inofficioſas largitates legitima læſa eſt, eas vſque ad legitimæ quantitatem reſcindi, *l. 1. l. 2. l. ſi totas. C. de inoff. donatione.*

Sed.

Sed quid de venditione dicemus, cùm non ſic illa retractari poſſit? Reſpondeo cũ Gloſſatore, venditionem factam fuiſſe in fraudem, & ſimulate, vnde obeſſe non debuit Alterochæ, quantum ad legitimam, *l. nuda & imaginaria, ff. de contrah. empt.*

At, inquit Hotomanus, tunc legitimam non ſolum ex his tertijs deducere Alterocha debuit, ſed vniuerſe de toto patrimonio. Præterea, inquit, vbi de inofficioſis donationibus, aut earum reſciſſione vlla in conſultatione, & toto decretalis contextu, vel minima ſuſpicio eſt? non enim, opinor, iudex huic controuerſiæ adhibitus potuit illas donationes nondum inofficioſi conuictas, & damnatas ita obiter, & quaſi aliud agens, reſcindere. Nam quod ad inofficioſę venditionis quęrelam attinet, vbi vnquam eius audita mentio eſt?

Reſpondeo, ita nos ſtatuere oportere, legitimam Alterochæ ex vniuerſo patrimonio Cleræ, & Adelaſię deducendam eſſe: ſed hoc ceſſat, ſi aliud illæ non reliquerint in bonis: Et dato, quod reliquerint, negari non poteſt, quin etiam ex dictis tertijs, quæ donatæ, & venditæ fuerint, pro rata deduci poſſit Alterochæ legitima. Nam ſi ex toto patrimonio deducenda eſt, ſequitur, vt etiam ex hac parte bonorum deducenda ſit.

Quod vero dicitur, nullam in tota decretali fieri mentionem de inofficioſa donatione, & eius reſciſſione, nihil mouet: quia ex eo, quod vſque ad legitimam Alterochæ debitam illa reuocatur, ſatis manifeſte colligere poſſumus inofficioſam fuiſſe donationem.

Denique, quod iſte ſubdit, inofficioſæ venditionis quęrelam non dari, nihil obſtat: quia, vt iam dixi, ita præſupponere oportet eam venditionem fictam, & imaginariam fuiſſe, *vti optimè Gloſſa explicat.*

Quartum argumentum Hotomani verſatur circa fructus. Sic enim textus ait: fructus ex bonis reſtitutioni ſubiectis à tempore litis conteſtatæ in Trebellianicam imputandos: [*Vbi* (inquit Hotomanus) *duplex dubitatio oritur. Primũ enim ſi fructus ab herede fiduciario quocunq; tempore percepti, ei in ſuã Pegaſianam imputantur, l. in fideicommiſſaria. 18. ff. ad Trebell. quanto magis ab eius ſucceſſore percepti, & ante, & poſt litem conteſtatam imputabuntur? Quamquam, quoniam hic caſus eſt de primi gradus liberis, quibus priuilegium à Zenone tributum eſt, vt fructus illis in ſuam quartam non imputentur, l. iubemus, 6. C. ad Trebell. propterea de his, qui Adiecta viuente percepti ſunt, nihil mutamus, ſed eius ſucceſſorem meliorem eſſe iure, quã quo ſunt heredes fiduciarij extranei, nulla ratio eſt. Præterea ſingulare quiddam eſt in hoc controuerſiarum genere, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio ſpectatum eſt: litis conteſtatione malæ fidei poſſeſſorem effici, ac proinde fructus ab eo poſtea perceptos imputari, l. 2. cum ſimilib. C. de petit. hæred. Nam quemadmodum traditur in l. ſolidum. 78. ff. de leg. 2. ab ea regula excipiuntur cauſæ, in quibus Falcidia locum obtinet, Idque perſpicua æquitate, quia poſſeſſor non abſolute, & ſimpliciter reſtitutionem abnegat, ſed cum adiectione, ſi totum reſtitui petitur, non enim tota hereditas debetur, ſed cum detractionibus legitimis, eoque pertinet l. 3. ff. de vſuris.*]

Reſpondeo, ideo ſucceſſorem Adiectæ fructus perceptos ante litẽ conteſtatam in Trebellianicam nõ imputare, quia eos percepit ex negligentia nõ petentis fideicommiſſum. Ait enim textus, mortua Adiecta Petrucium eius maritum ſuperſtitem aliquanto tempore eius bona poſſediſſe in pace, ex quo patet, Alterocham negligentẽ fuiſſe in petendo ſibi bona reſtitui ex ſubſtitutione, nec enim quicquam petijt, donec ille viueret. Conſtat autem fructus in Trebellianicam non imputari, quoties ab eo, qui reſtituere tenetur, percepti ſunt, ex negligentia non petentis, vt habetur in l. mulier, §. ſi hæres, ff. ad Trebel. ibi, [*Fructus enim, qui percepti ſunt negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur.*] Lite autem conteſtata imputari debent, quia ex eo tẽpore poſſeſſor eſt in mora, & in mala fide, *l. certum, C. de rei vindic.*

Quod autem ſubdit aduerſarius in hoc controuerſiarum genere ſingulariter conſtitutum eſſe, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio ſpectatum eſt, litis conteſtatione malæ fidei poſſeſſorem effici, nec ad rem pertinet, & abſolute verum non eſt,

Nam locum habere non poteſt, niſi eo in caſu, quo poſſeſſor objicit Falcidiam petẽti fideicommiſſum, & actor totum petit, nec vult pati, vt detractio fiat, tunc enim hæres poſſeſſor in mora non dicitur eſſe, *& hoc probat l. qui ſolidum, de leg. 2. & l. 3. ff. de vſu.* Sed quid ſi totum fideicõmiſſarius petat, & poſſeſſor non ei Falcidiæ detractionem objiciat, ſed excipiat nil ei deberi, obſtare agenti præſcriptionem, vſucapionem pro dote, & alia, vt in ea ſpecie, de qua agitur in cap. Rainutius, nunquid idem dicendum erit? Nequaquam, quia hic negat poſſeſſor ſimpliciter, & abſolute reſtitutionẽ, quare ante litem conteſtatam bona fides ei proderit, poſt litem autem conteſtatam nullo modo, quantum ad reſtitutionem fructuum, vt in l. certum, C. de rei vindic. & in aliis ſimilibus.

Quintum argumentum Hotoman. [*Cũ auia, & mater*, inquit, *ſuas legitimas de bonis filia reſtitutioni obnoxiis detrahunt, ipſa quoq; filia ſibi detrahit, ac proinde tres legitimæ à tribus diuerſis perſonis detrahũtur, quod cuiuſmodi ſit, ex his, quæ in prima enunciatione dicta ſunt, ſatis intellectum eſt. Nam ſiue matri legitima debeatur de filij hereditate, ei deberi intelligitur, ſiue rurſus filio debeatur de parentis. Vtriq; autem de eadem hereditate, & matri, inquam, & filia deberi non poteſt, propterea quod in inteſtatorum hereditatibus liberorum gradus parentes excludit Nouella CXVIII. §. 1. Quare cum pateat hanc Rainutij hereditatem eſſe, ſola filia legitimam ab ea capiet, matrem vero, & auiam prorſus excludet.*]

Reſpondeo ex his, quæ dicta ſunt ad primum argumentum, non iure communi ac Cæſareo niti reſponſum hoc Pontificis Maximi, ſed conſuetudine, ſiue lege particulari Tuſcanæ ciuitatis, vt fruſtra iſte legem Cæſaream inculcet. Sic autem res habet. Mater Clera ex morte patris Raynutij lucrata eſt tertiam partem bonorum eius ex particulari lege ita ſtatuente, vt præmoriente viro vxor lucretur tertiam partem bonorum: ſimiliter & Adelaſia vxor Raynutij tertiam eſt lucrata. Ex eo, quod ſupereſt, tertia debetur Adiectæ, pro ſua tamen portione virili, & ſicut Gloſſator optime proponit caſum. Erant in bonis exempli cauſſa LIV. ex his deducit mater Clera, quæ eſt omnibus anterior XVIII. Reſtant XXXVI. Ex his deducitur tertia Adelaſiæ, nempe XII. Reſtant XXIV. Ex his tertia pars ſunt VIII. Duæ ſunt ſorores, Alterocha, & Adiecta, ergo legitima Adiectæ erunt IV. & legitima Alterochæ ſimiliter IV. Reſtant XVI. Ex his deducitur quarta pars ex Trebelliano, & ſic IV. Reſtant XII. hæc reſtituuntur Alterochæ. Præterea Alterocha detrahit ex XVIII. quæ aſſignatæ ſunt Cleræ auiæ ſuæ paternæ ſuam legitimam, videlicet III. Sunt enim duæ filiæ, & ſic VI. Legitimam conſtituunt ambarum. Ex XII. autem matri Adelaſiæ aſſignatis, legitimam Alterocha deducit, nempe II. Quoniam IV. efficiunt legitimam ambarum filiarum. Et ſic in totum habet Alterocha ex dictis LIV. quæ ſunt in hæreditate XXI. nempe IV. pro ſua legitima V. pro legitima ex bonis matris & auiæ. Et XII. ex cauſſa fideicommiſſi. Poſſeſſor autem bonorum habuit primo ex tertia parte Cleræ donatricis XV. ex tertia parte Adelaſiæ, quę ficte vendidit X. Pro legitima Adiectæ IV. ex Trebellia. detractione IV. quæ omnia efficiunt XXXIII. iunge XXI. efficies LIV.

Poſtremum Hotomani argumentum co tendit, vt oſtendat detrahi non poſſe legitimam & Trebellianicam ſimul à filijs fideicommiſſaria reſtitutione grauatis. Sed quoniam hæc eſt celebris controuerſia, vt ei caput ſequens totum attribuerem, quo magis diſcutiatur, faciendum putaui. Igitur Lectorem ad ſequens caput inuito, in quo de duabus detractionibus diſputationem inueniet, ſimul Innocentij Pont. Max. defenſionem aduerſus eiuſdem Hotomani argumenta.

CAPVT II.

Vtrum filius rogatus hereditatem reſtituere, poſſit detrahere ſimul legitimam & Trebellianicam pro defenſione c. Rainutius, de teſtamentis, contra Franciſcum Hottomanum hereticum.

Iuſ-

INſignis controuerſia hæc eſt dignaque omnino diligenti & accurata diſputatione. Tres ſunt interpretum ſententiæ. Prima, filium detrahere poſſe tam legitimam, quam etiam Trebellianicam. Secunda, legitimam tantum, vel Trebellianicam detrahendam eſſe iure Ciuili, ſecus autem iure Canonico. Tertia diſtinguendum eſſe vtrum pure, vel ſub conditione filius reſtituere grauatus ſit. Nam ſi pure vnam tantum detrahet: ſi ſub conditione ambas detrahere poterit. *Vide Gloſſ. & cæteros Canoniſtas ad c. Rainucius, & ad c. Rainaldus, de teſtamētis. Legiſtas ad l. iubemus, C. ad Trebel. & ad l. Papinianus. §. meminiſſe, vbi late Cagnolus, ff. de inoffic. teſtam. Alexandrum in conſ. 142. lib. 2. Couar. ad d. c. Rainutius, §. vndecimo, numer. 5. Andream Gaill. libr. 2. obſeruat. 121. Franciſc. Hotoman. q. illuſtr. cap. 35. & in diſputatione contra cap. Rainutius, nouiſſime Angelum Matheacium de via & ratione artificioſa iuris, lib. 2. c. 25. Iacobum Cuiac. lib. 8. Obſeruat. cap. 3.*

Ergo, ne diu ſuſpenſum Lectoris animũ teneam, in ea ſum ſententia, vt filius detrahere poſſit dimidiam hæreditatis: & ſic tam legitimam, quam Trebellianicam, ſicut habet prior opinio, quam initio retuli, nullo diſcrimine adhibito, vtrum pure vel ſub conditione rogatus ſit reſtituere, nullaque inter ius Canonicum, & Ciuile conſtituta differentia. Etſi enim iure Canonico id ſatis aperte declaratum ſit *in d. c. Rainutius, & in d. c. Rainaldus.* tamen & iuri Ciuili id conſentaneum eſſe, & ex illius regulis & conſtitutionibus, ſi nõ expreſſe, ſatis tamen euidenter elici demonſtrabo. Itaque ſic ſtatuo. Cum filius à patre rogatus eſt hæreditatem reſtituere, conſtituendas eſſe ex toto eſſe duodecim vncias, ex quibus regulariter hæreditas conſtare dicitur. Ex aſſe, atque adeo ex duodecim vncijs detrahendas eſſe quatuor pro legitima filij, (eſt enim legitima iam triens, vt notum eſt ex Nouella de Triente & ſemiſſe) hunc trientem alio non eſſe reſtitutioni obnoxium, ſed exceptum ab ea: & conſequenter octo vncias reſtitutioni ex fideicommiſſo obnoxias eſſe. Ex quibus quarta pars, nempe vnciæ duæ deducendæ ſunt à filio, pro autoritate Senatuſconſulti Trebelliani, qui proinde in totum ſex vncias habebit, & ſic dimidiam totius hæreditatis.

Hanc ſententiam ego veram eſſe prius demonſtrabo, & vtrique iuri, vt pollicitus ſum conſentaneam, deinde argumenta confutabo, quæ aduerſus eam alleruntur.

Et quidem quod attinet ad ius Canonicum, minorem eſſe video difficultatem, cum, vt dixi, aperte id probetur in dicto capit. Rainucius, & in dicto capit. Rainaldus, de teſtamentis, quatenus ibi Summus Pontifex confirmat, & approbat ſententiam iudicis, qui pronunciauerit legitimam reſtitutioni obnoxiam non fuiſſe, & Trebellianicam detrahi potuiſſe. Et licet in ea ſpecie filius rogatus eſſet ſub conditione reſtituere, non autem pure, quæ cauſa fuit, vt multi, quantum ad hoc, purum fideicommiſſum à conditionali diſtinguerent: tamen Summus Pontifex in eo fundamentum non poſuit, quod filius ſub conditione rogatus eſſet: ſed in eo, quod in legitima grauari non potuit, Quartam autem Trebellianicam quilibet extraneus reſtitutione grauatus, deducere poteſt, quæ ratio locum habet: ſiue pure, ſiue ſub conditione filius reſtituere rogatus ſit. Porro ad alia argumenta, quibus illa diſtinctio nititur, poſtea reſpondebo.

Quod vero attinet ad ius Ciuile, etſi maior ſit difficultas, id tamen verum eſſe patet, ſi non antiquas tantum leges, ſed nouiſſimas quoque perpendamus, atque in hanc rem adfero Nouellam de reſtitutionibus, & ea quæ parit, &c. §. quamobrem, vbi Iuſtinianus ita dicit, ſecundum antiquam translationem:] *Quamobrem præſentem ponimus legẽ, omnia quidem alia priorũ à nobis poſita cõſtitutioni rata manere volentes: hoc vero innouãtes ſolũmodo, vt ſi quis de cætera reſtitutionem fecerit ſuarũ rerum: primum quidem ſeruet filio legitimam partẽ, nõ Quartam: hoc enim emendauimus inopiã eius plurimã reprehendentes: ſed tertiã modis omnib. aut mediã, ſecundum filiorũ numerũ, deinde ex reliqua ſubſtantiæ parte, ſi non ſufficerit legitima pars ad dotis, aut ante nuptialis donationis*

nis oblationem: honeſte & ſecundum perſonarum qualitatem, & merita excipere etiam hoc ad reſtitutionem.

His verbis Iuſtinianus clare decernit, legitimam filiorum excipiendā eſſe de reſtitutione, ex quo ſequitur, eam non eſſe reſtitutioni obnoxiā: confirmatur id ipſum, & alia ratione. Nam legitimam filius habiturus eſt, etiam ſi alius hæres inſtituatur: Ergo non continetur in reſtitutione fideicommiſſi, argument. l. ſequens quæſtio, de leg. 2. ibi, [*Et propterea fideicommiſſo non contineri, quia ea habitura eſſet, etiam alio herede exiſtente.*] Erit ergo duntaxat reſiduū ſubſtantiæ, ſiue hæreditatis obnoxium reſtitutioni: & ſic octo duntaxat vnciæ reſtituendæ erunt. Ex his octo vncijs, quas reſtituere filius rogatus eſſe intelligitur, aio detrahendam eſſe quartam partem pro autoritate Trebelliani Senatuſconſulti, quod ſic probo: Omnis hæres qui grauatus eſt vel totam, vel partem hæreditatis reſtituere poteſt quartam partem deducere. Sed filius eſt hæres rogatus reſtituere partem illam hæreditatis, quæ excepta legitima ſupereſt, nempe octo vncias: Ergo detrahere poteſt quartam partem. Maior probatur ex §. ſed quia, in Inſtit. de fideicommiſſ. hæredit. & §. nihil autem intereſt, eod. tit. In d. §. Sed quia, ſic ait Imperator: [*Sed quia heredes ſcripti cum aut totam hereditatem, aut pene totā plerumq; reſtituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum, vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa: Poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus Pegaſo & Puſione Conſulibus, Senatus cenſuit, vt ei, qui rogatus eſſet hereditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur.*]

Et in §. Nihil autem intereſt, ita ſcribit: [*Nihil autem intereſt, vtrum aliquis ex aſſe heres inſtitutus, aut totam hereditatem, aut pro parte reſtituere rogatur, an ex parte heres inſtitutus, aut totā eam partē, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem obſeruari præcipimus, quæ in totius hereditatis reſtitutione diximus.*]

Minor autem propoſitio certa eſt, & perſpicua quia filius eſt hæres, & rogatus reſtituere hæreditatem, excepta legitima: illa enim excipienda eſt, de reſtitutione, vt ſtatuit Imperator in d. §. *Quamobrem.* cuius verba ſupra recenſuimus.

Atq; hoc eſt illud, quod perpendo in hac diſputatione legitimam ab hæreditate patris reſtituenda non inueniri: quia debet excipi de reſtitutione: legitimam ergo filius iure proprio habebit, veluti exceptam, & non comprehenſam in reſtitutione, Trebellianicam vero iure hæreditario, quia ſcilicet eſt hæres, & reſtituere grauatus. Et hoc eſt, quod Summus Pontifex dixit in c. Raynaldus, illis verbis: [*Quoniam idem R. habebat in bonis quondam Piponis patris ſui tertiam partem debitam iure naturæ, in qua grauari nequiuit, nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus deducere potuiſſet.*]

A qua ſententia non procul abeſt, quod reſpondit Papinianus in l. pater filiam 14. ff. ad leg. Falc. in illis verbis: [*Falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram reſpondi: quia dos in hereditate patris non inueniretur.*]

Videamus nunc, quantum habeant momenti argumenta, quæ ex iure Ciuili aduerſus hanc ſententiā adferuntur, ea Franciſcus Hotomanus refert, quæ nos ita ordine confutabimus.

[*Primum omnium* (Hotomani ſunt verba) *Pontificali autoritati opponitur natura rerum, & ſenſus communis: Aſſis. n. ratio & natura hæc eſt, vt eius vna aliqua parte nominata, alter neceſſario intelligatur, quippe cum ex eorū numero ſit, quæ Dialectici τὰ πρός τι nominant. Itaque quoties Quadrātis detractio nominatur, toties Dodrantis reliquatio intelligitur, neq; quiſquam detrahere Quadrantem dicitur, niſi is ſolus cui ſuperſtes ex aſſe Dodrans relinquitur. Quod cū ita ſit, quæro, ſi filius, qui iam legitimariū Quadrantē detraxit, inſuper velit alterum Pegaſiani nomine detrahere, quemadmodum dodrans fideicōmiſſario relinqui poſſit? Nam Falcidia lex relinqui omnino dodrantem volebat, ſummamq; teſtandi libertatem lege 12. tabularum conſtitutā ea in parte confirmabat l. 1. ff. ad legem Falcid. vt facile appareat, non tā Quadrantis detrahendi, quā Dodrantis relinquendi rationē habendam eſſe, quippe cum hæc reliqua[illegible] 12. tabularū primum inſtituta, [illegible] ſi etiam [illegible]*

ge[illegible]

ge confirmata & conſtabilita ſit.]

Reſpondeo, nec Summum Pontificem, nec quemquam aliam velle teſtandi facultatem lege 12. Tabulatum datam, & Falcidia lege confirmatam auferre, aut aliqua ex parte minuere, ſed hoc dicit Summus Pontifex, & vult, noſque ſequimur atque contendimus, patremfamilias legitimam filio debitam excipere debere, quoties filium hæredem reſtitutionis onere grauat. Id ſanè & Iuſtinianus ſtatuit, & æquiſſimum videtur, ne legitima onere aliquo prægrauetur, *l. quoniam in prioribus, C. de inoff. teſtam.* Dicimus præterea Quadrantem ex Trebelliano detrahendum eſſe. Id quod Senatuſconſultum iamdiu conceſſit, quare nihil hæc legibus repugnant. Nec verò hæc cum natura rei & ſenſu communi pugnant. Nam etſi Quadrante detracto ex hæreditate dodrans ſupereſſe intelligatur, nihil tamen prohibet, quo minus reſtitutioni obnoxius ſit Dodrans tantùm hæreditatis, ſiue detracto Triente, Bes tantùm, & ex eo quarta pars Trebelliani nomine, detrahatur. Tunc obſtaret rei natura ſenſuſque communis, ſi diceremus totum aſſem hæreditatis obnoxium eſſe reſtitutioni: tunc enim triente deducto, reſiduum reſtituendum ſupereſſet. Sed non ita dicimus. Iam enim conſtat filio rogato reſtituere hæreditatem, eam interpretationem adhibendam ab initio, vt cenſeatur rogatus reſtituere beſſem tantum hæreditatis, quia legitimarius triens excipi debet. Quare ſicuti ſi expreſsè filius rogatus eſſet beſſem reſtituere, proculdubiò detraheret ex eo quadrantem Trebellianicum, ita etiam reſpondendum eſt, vbi totum aſſem reſtituere quidem rogatus eſt teſtatoris verbis, ſed tamen non niſi beſſem reſtituere rogatus intelligitur autoritate legis iubentis, vt dixi, legitimarium trientem excipi de reſtitutione.

Secundum argumentũ Hotomani. [*Eiuſmodi alterum argumentum,* inquit, *eſt, Nam cùm quadrãtis detractio ſit priuatio, & priuatio præſupponat habitum, vt noſtri loquuntur, hoc eſt, detractio rem ſubeſſe arguat, ſatis conſtat inde duntaxat quadrãtem detrahi, vbi redundat, hoc eſt, ab eo, cui plus dodrante ſuperat. Quod ſi filius, qui legitimam detraxit, Pegaſianum quadrantem petat, quæro, an ab eo petat, cui plus dodrante ſuperat? Ac nimirum hoc illud eſt, quod vulgò dicitur, quarta detractionem ei demum cõcedi, qui ſuprà dodrantem grauatus eſt. §. ſed quia, de fideicom. vbi dicitur Senatum cenſuiſſe, vt ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atq; ex lege Falcidia ex legatis retinere cõceditur. Quoties igitur hæres ſupra dodrantem grauatus non eſt, ſed ei quadrãs hæreditatis quoquo iure, ſiue inſtitutionis, ſiue præceptionis, deductionis, retentionis, ſiue legati, ſiue mortis cauſa capionis relictus eſt, ſequitur vt quartam petere nõ poßit, l. in quartam, ff. ad leg. Falcid. Itaque cùm hæres legitimam adeptus eſt, ſatis conſtat eum ſupra dodrantem grauatum non eſſe, ac proinde petere Falcidiæ beneficium nõ poſſe.*]

Reſpondeo, propoſitionem, qua iſte nititur, veram non eſſe, ita ſimpliciter, & abſolutè, vt ponitur, videlicet, quoties hæres ſupra dodrantem grauatus non eſt, quartam partem detrahere non poteſt. Nam etſi partem tantum hæreditatis, puta dodrantem ſolum vel minorem partem reſtituere grauatus ſit, detrahere tamen poteſt quartam partem ex Trebelliano, quia nihil intereſt, vtrum quis totam partem hæreditatis reſtituere grauatus ſit, *vt in §. nihil autem intereſt, in Inſtit. de fideicommiſſ. hæred.* Hoc autem allegare poteſt Hotomanus, & puto etiam, ita eum intellexiſſe, hæredem imputare debere in Trebellianicam; quicquid vel præcipere, vel deducere, vel retinere iuſſus eſt, *vt in d. l. in quartam, ff. ad leg. Falcid.* Et conſequenter, legitimarium trientem ipſum imputare oportere. Si igitur hoc velit, vti colligitur ex verbis eius, & ex lege, quam allegat, reſpondeo, legitimam imputandam non eſſe, quoniam in Trebellianicam ea tantum imputantur, quæ ex teſtamento hæres conſequitur, non etiam ea, quæ iure ſuo extra teſtamentum hæres habet, vel ei debentur, vt probat text. in l. pater filiam, ff. ad leg. Falcid. ibi, [*Falcidiã quidẽ iure hæreditario, dotẽ autem iure proprio filiam habituram.*] Et in l. debitor. ff. ad Trebel. declarat poſt Bartolum, & alios optimè Ripa *in d. l. in quartam, nu.* 84. vbi propterea docet bona emphyteutica & feudalia non imputari

tari in Trebellianicam, quia non capiuntur ex teſtamento. Sed legitimam filius conſequitur extra cauſam teſtamenti: Ergo illa in Trebellianicam imputanda non eſt. Hæc aſſumptio probatur; quia filio debetur legitima legis prouidentia, non autem patris beneficio, cogitur enim pater illam excipere ex onere reſtitutionis, vt dictum eſt, & tenetur eam filio abſque omni onere relinquere, inſtitutionis titulo, Appellaturque [*debitum naturale.*] *in l. ſcimus, §. illud præterea, C. de inoffic. teſt. & in l. 1. C. de imponen. lucrat. deſcript.* [*Debitumque bonorum ſubſidium.*] *in Nouella de Triente & Semiſſe.* Et neceſſitatem imponit lex parentibus relinquendi legitimam filio, [*tanquam illi ſecundùm naturam ei debeatur,*] inquit Imperator in Nouella de hered. & Falcid. §. 1. quare ex his omnibus concluditur, rectè dici legitimam extra cauſam teſtamenti capi à filio, & non patris iudicio, vt dictum eſt, ſed legis prouidentia, vt alibi loquitur Vlpianus *in l. ſi arrogator. ff. de adoptio.* Conſequenter illa imputari non debet in Trebellianicum quadrantem, in quem ea imputantur, quæ patris iudicio & teſtamento perueniunt.

Tertium argumentum [*ducatur*, inquit Hotomanus, *ex aliarum quartarum inductione; nam in reliquis omnibus hoc perpetuo videmus eſſe iuris, vt vnius adeptio, alteram excludat. Cuius rei tria exempla ſuppeditat l. Papinia. ff. de inoffic. teſtam. Primum eſt in §. quarta autem. vbi filius, qui Falcidiam ex legatis adeptus eſt; ab inofficioſi querela depellitur. Alterum in §. vnde ſi quis, vbi filius Pegaſianam ex fructibus conſecutus, ſimiliter ab inofficioſi actione excluditur. Tertium in §. ſi quis impubes, vbi nepos ex filia impubes, ab auo arrogatus, & exhæredatus, quoniam ex conſtitutione D. Pij quartam habet, à querela remouetur. Cui conſentaneum eſt, quod traditur in l. 1. §. pen. ff. ſi cui plus quam per legem Falcid. vbi patronus, qui in liberti bonis partem habet legitimam, ſi eam detraxit, à Falcidia petenda depellitur.*]

Reſpondeo, vt & initio dixi, non eſſe in hac diſputatione obſeruandum id, quod antiquis legibus eſt conſtitutum. Si enim ſecundùm antiquas leges definiri debeat hæc controuerſia, facilè exiſtimauerim vnam tantum quartam detrahendam eſſe, & hoc probant exempla aliarum quartarum adductæ: ſed hic poſtremæ leges perpendendæ ſunt, quibus conſtitutum eſt, vt filio reſtitutione iniuncta, legitima excipiatur, aut pro excepta habeatur. Ex hoc etiam ſequitur, illam eſſe retinendam tanquam filio debitam, & reſiduum hæreditatis reſtituendum deducta Quarta Trebellianica, in quam legitima non imputatur, vt dictum eſt: quia non iudicio teſtatoris, ſed legis prouidentia ad filium peruenire dicitur. Quare argumentum ex aliarum quartarum inductione, in quibus hæc ſpecialiter conſtituta non ſunt, huc nequaquam pertinere poteſt.

Quartum argumentum Hotomanni eſt, ex Nouella 39. de reſtitut. & ea, quæ parit, [*Cuius verba* (inquit Hotomannus) *Iuliano interprete, hæc ferè ſunt: Si quis vnum ex liberis hæredem inſtituerit, & rogauerit eum, vt cùm moritur, alijs reſtituat hæreditatem: primùm quidem legitimam portionem, nempe trientem ſibi retineat, cæteras autem partes fideicommiſſario reſtituat integras. Itaque Bart. in eum locum ſcribens num. 1. Nota, inquit, filium fideicommiſſo grauatum, non poſſe duas quartas detrahere, ſed vnam tantum.*]

Reſpondeo, maiorem me in viro docto fidem in referendis legibus deſiderare. Nam ſi legatur tota illa Nouella, ſiue ſecundùm Iuliani, ſiue ſecundùm Holoandri interpretationem, hoc non dicit. Verba ſuperius propoſui, & totam hic Nouellam adſcriberem, niſi id ſuperuacaneum viderem: Hoc dicit quidem Nouella, legitimam eſſe excipiendam de reſtitutione, ſed non ſunt in ea illa verba: [*Cæteras autem partes fideicommiſſario reſtituat integras.*] Videat Lector Nouellam totam, & omnis ei ſcrupulus auferetur.

Sed nec fideliter Bartoli verba refert, etſi enim aliquod argumentum ex Nouella deſumat pro contraria ſententia, [illegible] tamen ita loquitur, vt ille refert; verba Bartoli hæc ſunt: [*Nota ex hac l. in ver. Quamobrem: quia iſte textus optime facit, quod filius rogatus de reſtitutione non poſſit habere niſi vnam quartam. Nam hic vides, quòd filio de reſtituendo grauato ſolum conſulitur in quarta debita iure naturæ, & tota reliqua ſubſtantia venit in reſtitutione fidei-*

com-

commiſsi, nec diminui poteſt, niſi ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias. Sed ſi quartam Trebellianicam detrahere poſſet, debere ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias conſtituere, ſi debita iure naturæ non ſufficeret: nam quod hæc de reliqua ſubſtantia poſsit detrahi, & priuilegium dotis, & donationis propter nuptias; ergo in contrarium eſt ius commune; quia propter nullam aliam cauſam reliqua ſubſtantia, quæ reſtat poſsit detrahi vel minui, l. ius ſingulare, de leg.]

Reſpondeo ad iſtud argumentum. Nouellam non hoc dicere, detracta legitima, totam reliquam ſubſtantiam in reſtitutionem venire, legantur verba, non hoc inuenietur: ſed Bartolus id colligit ex duobus: primùm, quia Nouella dicit detrahendam, ſiue excipiendam eſſe legitimam de reſtitutione, & nihil dicit de Trebellianica: videtur enim inferri ex hoc, reliquam ſubſtantiam reſtituendam eſſe. Deinde, quia tantummodò dos & donatio propter nuptias hoc priuilegium habeant, vt ex reſtitutione excipiantur. Reſpondeo ad primum, non, ſi textus Nouellæ legitimam excipiat, & nullam Trebellianicæ mentionem faciat, idcircò Trebellianicæ detractionem fieri poſſe negat. Legitimam enim excipit, quia non vult eam ſubiectam eſſe reſtitutioni. Cætera ſubſtantia ſubiecta eſt reſtitutioni, ſecundùm formam Trebelliani Senatuſconſulti; quæ eſt, vt ſiue tota hæreditas, ſiue pars eius reſtituenda ſit, quarta pars detrahatur. Ergo non prohibet ibi detractionem. Ad ſecundum reſpondeo, dotem & donationem propter nuptias excipiendam eſſe de reſtitutione; quia pater tenetur filiæ dotem dare, & donationem propter nuptias pro filio conſtituere, *l. vlt. C. de dotis promiſsio.* Ergo non poteſt in hac parte filium grauare, ac per reſtitutionem iniunctam efficere, vt dotem & donationem propter nuptias non conſequatur. Reliqua ſubſtantia ſubiecta eſt reſtitutioni, ſed ſecundùm legis formam, vt fiat Quartę detractio ex Trebelliano Senatuſconſulto. Itáque verum eſt, quod dicit Bartolus, ſolam dotem & donationem propter nuptias hoc priuilegium habere, vt in reſtitutionem non veniant; ſicut nec legitima venit iure naturæ debita, reliqua enim ſubſtantia in reſtitutionem venit, nec nos id inficiamur, ſed venit cum ſua cauſa, vt ſcilicet patiatur quartæ partis detractionem.

Dices, ſi locus eſſet detractioni Quartæ huius Trebellianicæ, ex ipſa dos & donatio propter nuptias erat conſtituenda, quatenus legitima non ſufficeret; non autem ex reliqua ſubſtantia reſtitutioni obnoxia. At hoc iniuſtum eſt: nam, vt dixi, pater tenetur dotem & donationem propter nuptias dare, & conſtituere filio; Ergo non debet filius ex ſua Trebellianica, quam, vt hæres grauatus conſequitur, ſupplere id, quod deeſt ad dotem ad donationem propter nuptias: ſed id ex bonis & ſubſtantia patris ſupplendum eſt, ita vt filius iure proprio dotem habeat, & donationem propter nuptias: & iure hæreditario, id eſt tanquam hæres grauatus Quartam ex Trebelliano, l. pater filiam, ff. ad leg. Falcid. ibi, [*Falcidiam quidem iure hæreditario, dotem autem iure proprio, &c.*]

Quintum argumentum eſt ex l. iubemus, 6. C. ad Trebellia. vbi Zeno ſtatuit, vt filius portionem ſuam hæreditariam fratri reſtituere rogatus, retenta ex Senatuſconſulti beneficio Quarta, dodrantem reſtituat: [*Quo*, inquit Hotomanus, *quid apertius dici poteſt? Neque nos moueat, quod ſuprà diximus, Iuſtinianum de legitima ſtatuiſſe, cùm enim eius ſummam auxiſſet, & ex quadrantaria trientariam feciſſet, non dubium eſt, quin filij iam non amplius Pegaſianam, ſed legitimam potius petituri ſint.*]

Reſpondeo, ſi Zenonis tempora ſpectemus, vnam tantum quartam detrahi potuiſſe, nempè Trebellianicam, ratio eſt; quia nondum Nouella Iuſtiniani erat lex edita qua conſtitutum eſt, vt legitima filiorum non veniat in reſtitutionem. Cùm enim tempore Zenonis etiam legitima in reſtitutionem veniret, meritò non erat locus detractioni eius, ſed tantùm Quartæ Trebellianicæ, ſed cùm hodie legitima in reſtitutionem non veniat ex Nouella, ſequitur, vt illa ſit excepta, & ſalua filio, nec ſubiecta reſtitutioni: ex reſidua verò hæreditate reſtituenda, quartam partem detrahere filius poſſit autoritate Trebelliani

Senatuſconſulti, quod nullibi prohibetur hoc in caſu locum habere. Id verum eſſe, quod diximus, nempè, tempore Zenonis legitimam in reſtitutionem veniſſe, patet tum ex lege Zenonis, tum ex Nouella Iuſtiniani: Ex lege quidem Zenonis, quatenus dicit: [*Retenta Quarta pro autoritate Senatuſconſulti Trebelliani, reſtituendum eſſe dodrantem.*] Nouella autem id probatur, quia Iuſtinianus in d. §. quamobrem, dicit ſe hanc legem nouam ponere; [*Præſentem*, inquit, *ponimus legem, omnia quidem alia prioris à nobis poſita conſtitutionis rata manere volentes, hoc verò innouantes ſolummodò, &c.*]

Quibus verbis apparet ipſum de nouo id ſtatuiſſe, vt legitima in reſtitutionem non veniret.

Sextum argumentum ſumitur ex l. quoties, de reg. iur. [*Quoties duplici iure defertur alicui ſucceſſio, repudiato nouo iure, ſuperat vetus: non enim duæ cauſæ lucratiuæ in eundem hominem, & eandem rem côueniunt.*] §. ſi res aliena, de leg. omnes, l. ex promiſſione, ff. de act. & obligat. [*& non vt ex pluribus cauſis deberi nobis poteſt, ita ex pluribus cauſis peti idem poteſt.*] l. non vt ex pluribus, de reg. iur. Cùm igitur quadrans ſucceſſionis nomine, à lege attribuatur, qui eum ſemel ex vna cauſa adeptus eſt, ſi eundem ex alia cauſa petat, doli exceptione rectè remouebitur: habet enim quod petit, *l. 1. ff. de doli except.*

Reſpondeo, argumentum hoc ſupponere vnum tantum quadrantem deberi, & idcircò non poſſe niſi ſemel peti, ſed non id negamus: quia dicimus, & legitimam detrahendam, quia in reſtitutionem non venit, & Trebellianicam eſſe detrahendam autoritate Senatuſconſulti Trebelliani. quare duæ cauſæ lucratiuæ non pertinent ad vnam & eandem rem, ſed ad res diuerſas, quo caſu regula non obſtat.

Hæc & alia his ſimilia attulit argumenta poſt Franciſcum Hottomannum, nouiſſimè Angelus Mattheacius *lib. 2. cap. 25. de via & ratione iuris artificioſa.* quæ ſanè, vt mihi videtur, iam ſublata ſunt.

Supereſt, vt argumenta diluamus eorum, quia dixerunt, eodem tempore deduci non poſſe legitimam, & Trebellianicam. Illa verò duo ſunt potiſſimùm: primum, quia non videtur iuri conuenire, vt duæ cauſæ lucratiuæ eodem tempore locum habeant. Alterum, quòd legitima in Trebellianicam ſit imputanda; vel èccontrario Trebellianica in legitimam, & ſic effectu non habebit filius præter legitimam vel Trebellianicam.

Reſpondeo ad primum, iam reſponſum eſſe ſuperius; quia cùm ex diuerſis cauſis procedant ambæ detractiones, abſurdum non eſt, vt eodem tempore locum habeant. Ad alterum autem argumentum reſpondeo, negando imputationem illam. Nam legitima non debet imputari in Trebellianicam, cùm in eam imputentur ea tantum, quæ capiuntur ex teſtamento. Legitima verò capiatur extra cauſam teſtamenti, vt ſuprà latius dictum eſt. Trebellianica verò in legitimam haudquaquam imputantur ea, quæ filius aduentitio quodam iure habet, non autem ex ipſa teſtatoris voluntate, *l. ſcimus. §. repletionem, C. de inoffic. teſtament.* Trebellianica verò extrinſecus aduenit filio, nempè, ex Trebelliano Senatuſconſulto, vt patet.

CAPVT III.

Vtrum Trebellianicæ detractioni ſit locus cùm legitima eſt ſemis.

ADmiſſa hæc vera ſententia, quam in præcedenti capite probauimus, filium hæreditatem reſtituere grauatum, detrahere poſſe præter legitimam etiam quartam Trebellianam, alia oritur controuerſia: Sitne idem reſpondendum etiam eo in caſu, quo legitima filiorum eſt ſemis, puta ſi quinque fuerint, aut plures filij, qui reſtituere hæreditatem ſint rogati? Etenim Baldus *in conſil. 94. lib. 2.* reſpondit, hoc in caſu non eſſe locum detractioni Trebellianæ, & Baldum ſecutus eſt Couuar. *ad c. Raynutius. §. 11. num. 6. de teſtam.* Decius *in conſil. 22. circa fin.*

Fundamentum eſt, quia videtur abſurdum, vt grauati filij reſtituere hęreditatem, alijs, plus conſequantur ex hæreditate, quàm is, cui hęreditas ex fideicommiſſo reſtituenda eſt. Plus autem conſequerentur

quia ſemiſſem in primis detraherent pro legitima, & ex alio ſemiſſe adhuc quartam partem. Sed contraria ſententia mihi videtur verior & communior, filios etiam in propoſita ſpecie præter legitimam poſſe Trebellianicam detrahere. *Ita docuerunt Cravetta in conſilio quinquageſimo, & ibidem Stracha in annotationibus Cagnol. ad l. Papinianus. §. meminiſſe, num. 19. ff. de inoffic. teſtamen. Alba in conſil. 41. & multi alij, quos refert & ſecutus eſt Antonius Teſſaurus deciſ. Pedemontana. 252. dicens, ita Senatum iudicaſſe, quibus adde Marcum Antonium Eugenium, in conſil. 11. & in conſil. 33. nu. 75.*

Fundamentum vero ſatis firmum ac ſolidum illud eſt: quia etiam ad hãc ſpeciem, in qua ſemis detrahitur ratione legitimæ, legis verba, & ratio eius adaptantur. Verba quidem, quia generaliter lex dicit, filium in legitima grauari non poſſe, ac proinde deducendam & excipiendam eſſe de reſtitutione: Trebellianicam autem detrahi, ſicut & quilibet extraneus detrahere poteſt. Ergo de quacunque legitima lex loquitur, ſiue illa ſit ſemis, ſiue ſit triens. Ratio vero legis, quia nunquam legitima grauari poteſt, etiam ſi ſit ſemis, propter numerum liberorum: & conſequenter etiam, ſi ſit ſemis in reſtitutionem venire non poteſt.

Porro fauor, quo proſequuntur leges numerum liberorum, & ipſa rei æquitas facit, vt non videatur abſurdum, ſi plus liberi retineant atque deducant, quam fideicommiſſario reſtituant. Etenim ſi quinque ſint filij, quilibet parum habebit, tum ratione ſemiſſis legitimarij, tum ratione quadrantis Trebelliani, quippe qui in quinque partes diuidendi ſint, & ſic plus habebit fideicommiſſarius iſte, quam habiturus ſit quilibet ex filijs, qui grauati ſunt, quamobrem nihil inde abſurditatis oriri exiſtimo.

Caput IV.

Vtrum prohiberi Trebellianicæ detractio poſſit à teſtatore.

PErcurremus & alias de Trebellianica controuerſias, inter quas illa eſt non ignobilis: Poſſitne Trebellianica prohiberi à teſtatore. Affirmant Bartolus *ad l. Marcellus. ff. ad Trebellia.* & Iaſon *ibidem. Aretinus in conſ. 37. & alij apud Gabrielum Commun. concluſ. tit. ad Trebellian. concluſ. 1. Adde Couar. ad c. Raynaldus, §. 3. n. 6. de teſtam. Andr. Gaill. lib. 2. Obſer. 138. num. 15.*

Fundamentum eſt: quia Falcidia prohiberi poteſt, *vt patet ex Nouella de heredib. & Falci. §. ſi vero expreſſim.* Ergo & Trebellianica. Nam æquiparantur Falcidia & Trebellianica, *l. Marcellus. §. quod autem. ff. ad Trebell.* immo ad exemplũ legis Falcidiæ Trebelliana detractio inducta eſt, *§. ſed quia, in inſtit. de fideicommiſſariis heredit.* Immo Falcidię appellatione venit etiam, & ſæpe intelligitur Trebellianica, *l. pater filiam, l. Titia. ff. ad leg. Falci. l. iubemus. C. ad Trebell.* & videtur eſſe eadem ratio in Trebelliana, quæ eſt in Falcidia. Illa enim ratio eſt, quantum ad Falcidiam: qui aut hæres, cui detractionis cõmodum aufertur: adibit hæreditatem, aut illam repudiabit: ſi adibit, pium opus faciet exequendo teſtatoris voluntatem, licet nullũ commodum habiturus ſit: ſi vero repudiabit, hæreditas ad alios pertinebit, nempe ſubſtitutos vel fideicommiſſarios, vel alios legitimos hæredes, *vt late explicat. Imperator in d. §. ſi vero expreſſim.*

Verum iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam amplector, quam amplexi fuere Bartolus *ſibi parum conſtans, in l. nemo poteſt, de lega. 1.* Alexander *ad d. l. Marcellus. ff. ad Trebellia. & ibi etiam Ripa eam defendit, licet non putet à communi recedendum ſententia. Alciatus libro quinto Paradoxorum, capite 19. & alij, apud Couarruuiam & Gabrielum locis proxime annotatis.*

Moueor hoc argumento. Certum eſt ante Nouellam Iuſtiniani de hæredibus, & Falcidia, Trebellianicam prohiberi non potuiſſe: quia nemo poteſt facere, quin leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l. nemo poteſt, de leg. 1.* & ſatis id luculẽter probatur in *l. ſi vt allegas, C. ad Trebell. in l. Titia. ff. eod. & aliis in locis.* Sed per Nouellã Iuſtiniani ſupradictã de hæredibus & Falcid. con-

trarium non eſt conſtitutum: ergo manet ius antiquum, vt nequaquā à teſtatore prohiberi valeat detractio quartæ, quæ fit ex Trebelliano Senatuſconſulto, quam Trebellianicam appellamus.

Aſſumptio argumenti certa eſt & manifeſta: quia Iuſtinianus *in dicta Nouella* de Falcidia lege loquitur, quæ ex legatis detractionem concedit, quoties vltra dodrantem legatis hæreditas onerata eſt.

Omnis difficultas in eo eſt poſita: vtrum illa conſtitutio extendi debeat etiam ad Trebellianicam: & ſane inficiari nemo poteſt: quin magna ſit Falcidiæ, & Trebellianicæ affinitas, & ſimilitudo, ſed tamen nō ſi in vno ſimili corrigatur ius antiquum, ſtatim etiam in alio correctum cenſetur, *vt notari ſolet in Auth. quas actiones. C. de ſacroſan. eccl.* Præterea conſiderari poteſt duplex ratio diuerſitatis inter Falcidiam, & Trebellianicam. Prima eſt, quia Trebellianicæ detractio competit hæredi grauato reſtituere per fideicommiſſum, qui cogi à fideicommiſſario poteſt adire hæreditatem, & reſtituere etiam inuitus, *l. qui poterat. ff. ad Trebell.* Falcidiæ autem beneficium datur hæredi grauato, ad legata præſtanda, qui quidem à legatarijs inuitus cogi non poteſt ad adeundam hæreditatē: Ergo cum hæres fideicommiſſo grauatus hęreditatem reſtituere in eo ſit deterioris conditionis, quam alter qui legatis oneratus eſt, merito debet in altero melioris eſſe conditionis, vt Trebellianicæ commodo priuari à teſtatore non poſſit, licet alter priuari poſſit.

Reſpondet Socinus *in d. l. Marcellus. ff. ad Trebell.* non eſſe rationem habendam huius grauaminis hæredis, quod poſſit cogi adire hæreditatem: quia id intelligitur periculo fideicommiſſarij, cui reſtituit, *vt in d. l. quia poterat.* Et ratio Quartæ detrahendæ illa eſt, vt hæredes inuitentur ad adeundam hæreditatem, *vt in § ſed quia, in Inſtit. de fideicommiſſ. hæred.* non autem, quia cogi poſſet ad adeundum.

Iaſon Socino replicat, & Ripa Iaſoni: Ripa inquam, *in l. nemo poteſt, nu. 44. de leg. 1.* & mihi ſane videtur non bona reſponſio Socini, quia licet hæres cōpellatur damno & periculo fideicommiſſarij: multis tamen moleſtijs & periculis expoſitus eſt, licet ei ſit cautum à fideicommiſſario, *arg. l. cogi. § ſi pater. ff. ad Trebell.* ibi: [*Non oportere ſub incerto cautioni ſe committere.*]

Altera diuerſitatis ratio hæc eſt: quia dum Iuſtinianus cauit Falcidiam prohiberi poſſe, ſic ait: [*Si vero expreßim deſignauerit* (teſtator) *non velle hæredem retinere Falcidiam, neceſſarium eſt teſtatoris valere ſententiam, & aut volentem eum parere teſtatori, forſan etiam quadam iuſte & pie relinquentis, lucrum non in percipiendo, ſed ſolummodo pie agendo habentem, & non videri lucro huiuſmodi eſſe hæreditatem. Aut ſi parere noluerit, eum quidem recedere ab huiuſmodi inſtitutione, locum vero fieri, ſicut dudum prædiximus, ſubſtitutis, & cohæredibus, & fideicommiſſarijs, & legatarijs, & ſeruis, & ijs, qui ab inteſtato ſunt, & alijs ſecundum prius inuentam à nobis in talibus viam.*]

Hæc ratio locum non habet in hærede fideicōmiſſo grauato, quia datur tertium: quoniam cogi poteſt adire hæreditatem & reſtituere, vt dictum eſt. Itaq; non in eo verificari poteſt illud dilemma. Aut adibit, aut repudiabit: quia ſi repudiare velit, cogi poteſt adire: quare pro cōpenſatione talis incommodi dignus omnino eſſe videtur Trebellianici quadrantis commodo: ſic enim facile adducetur ad hæreditatem adeundam abſque vlla coactione, quæ cauſa fuit detractionis inducendæ, vt dictum eſt.

Ex quibus reſponſum patet ad argumentum contrariæ opinionis: & ſi enim magna ſit ſimilitudo Falcidiæ, & Trebellianicæ, aliqua tamen diuerſitatis ratio inter vtranque conſiderari poteſt: & vt maxime in omnibus conuenirent, inhærendum iuri antiquo videtur, donec expreſſe ſublatum ſit, nec per vllam conſequentiam, ac tacitam quandam interpretationem nobis licere debet illud emendare, ac tollere.

CAPVT V.

Quid in libertis primi gradus, vtrum cū Trebellianica prohiberi poſſit à teſtatore.

Con-

CОntrouertitur præterea, vtrum filijs primi gradus Trebellianicæ detractio prohiberi poſſit. Etenim affirmant multi, *quos late refert ac probat Menoch. in conſ. 272. lib.* 3. Negant vero Baldus, Salicetus, & Corneus *ad l. iubemus. C. ad Trebell.* & multi alij, *quos ipſe Menochius commemorat, vbi ſupra, n. 33.* Fundamentum affirmantis ſententiæ illud eſt præcipuum, quod Trebellianicæ detractio prohiberi poſſit. Ex hoc enim ſequitur, etiam filijs primi gradus prohiberi poſſe, in quibus nihil ſpecialiter in contrarium conſtitutum eſt, & quibus pater legitimã portionem relinquere tenetur, ac de reliquis ſuis bonis pro libitu diſponere, *vt in Nouella de Triente & Semiſſe.* Quod autem Trebellianicæ detractio prohiberi poſſit, probatur ex §. ſi vero expreſſim, in Auth. de hæredibus & Falcidia argumento ſumpto de Falcidia ad Trebellianicam, tum quia æquiparari videantur: tum quia ſit eadem ratio in vtraque. Sed quoniam contrariam ſententiam in præcedenti capite probaui, nimirum Trebellianicam, prohiberi non poſſe, & illud argumentum de Falcidia ad Trebellianicam improbaui, non video quo modo huic ſententiæ aſſentiri debeam, aut poſſim: quare cum filiorum cauſa ſit fauorabilior, quam aliorum hæredum, ac pro eis antiquarum autoritas legum pugnet, quibus conſtitutum eſt Trebellianicæ detractionem prohiberi non poſſe: quia nemo poteſt facere, quin leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l. nemo poteſt, de legat.* 1. affirmantem ſententiam valere iubeo: & negantem, quæ etiam communior eſt, in hac quæſtione amplector.

Capvt VI.

Vtrum Trebellianica detractio prohibita eſſe intelligatur, cum teſtator alienationem bonorum prohibuit?

NOn aſſentior ijs, qui putant teſtatore prohibente bonorũ alienationem videri prohibuiſſe Trebellianicæ detractionem: Nam preterquam, quod illa prohiberi etiam expreſſe non poteſt, *vt in c. 4. concl. ſupra,* illud accedit, quod ſententia iſta minus ſolido nititur fundamento. Nititur enim tex. Nouellæ Iuſtiniani ſub tit. Vt ſponſalitia largitas ſpecialis ſit contractus, &c. §. vlt. Verba textus hæc ſunt: [*Si quando autẽ aliquis teſtamentum faciat, & aliquam rem immobilem ſuæ familiæ, aut alteri cuiquam perſonæ nomine legati reliquerit, & ſpecialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari: ſed aut apud heredes, aut apud ſucceſſores illius, cui relicta eſt permanere, in hoc legato iubemus Falcidiam legem locum penitus non habere: quoniam alienationem eius teſtator ipſe prohibuit.*]

Hic loquitur Imperator de Falcidia, quę ad legata pertinet, & de re particulari legata alienari prohibita: non autem de generali prohibitione alienationis bonorũ, quę ex fideicommiſſo reſtituenda ſint. Huc accedat, quod obſeruandum eſt: Nam cum de vna re particulari agatur, facile concedi poteſt, vt ex ea non poſſit aliquid deduci Falcidiæ nomine, quia ex alijs rebus hæreditarijs deduci poterit: quę ratio ceſſat, vbi generalis eſt prohibitio, tunc enim nulla ex re detractioni Falcidiæ locus eſſet, quod in obſcura teſtatoris voluntate dicendum non eſt, quare generalem illam concluſionem reijcio, quæ docet, prohibita alienatione cenſeri prohibitam Trebellianicæ detractionem, etſi autores habeat nõ paucos, quos refert Gabrielius *commun. concluſ. titul. ad Trebellia. concluſ.* 9. Mantica *de coniect. vltimar. volunt. lib. 7. titu.* 12. Hippol. Riminald. *in conſ.* 131. Et aliorum accedo ſententiæ qui docuerunt, ita demum ex prohibitione alienationis prohibitam hanc detractionem videri, ſi de re particulari prohibita alienari agatur, quoniam ex alijs bonis detrahi poterit Trebellianica, *ita docuerunt Auguſt. Berous in conſil. 93. num. 15. lib. 2. Alciatus reſponſo 113. lib. 9. Socin. iun. in conſil. 17 & lib. 2. Roland. à Valle in conſil. 9. libr. 4. Dominus meus Cephalus in conſil. 320. num. 43. lib. 3. Mantic. vbi ſupra poſt numero ſecundo.*

Capvt

Capvt VII.

Trebellianicam an fideicommiſſarius reſtituens alteri fideicommiſſario detrahere aliquando poſſit.

CVm ſecundus hęres, hoc eſt fideicommiſſarius, cui à primo hęrede grauato hæreditas reſtituta eſt, eam reſtituit alteri fideicommiſſario, Quartam ex Trebelliano deducere non poteſt, *l. ſi patroni. §. qui fideicommiſſariam. ff. ad Trebell.* cauſam adferunt Iaſon *ad l. 1. §. denique. ff. eod. titul.* & Ripa *ad l. 1. §. Sed & quoties, num. 9. ff. eod.* niſi proponatur ex facto, primum hęredem, qui reſtituit Quartam, ideo non detraxiſſe, quod eam donare volebat fideicommiſſario: tūc enim fideicommiſſarius poſtea reſtituens hæreditatem ſequēti fideicommiſſario, iuſte eam detrahit, *l. 1. §. denique. ff. ad Trebel.* In his omnes conueniunt. Illud controuerſum eſt: an in dubio præſumatur hæres totum hæreditatem reſtituendo, abſque vlla detractione, donare voluiſſe huiuſmodi, Quartam fideicommiſſario, cui hæreditatem reſtituit. Et Bartol. *in d. l. 1. § denique. ff. ad Trebellian.* quem ibi multi alij ſunt ſecuti, affirmat donare voluiſſe, & hanc coniecturam donationis hoc in caſu ſumendam ex illa Iuris Regula. Qui ſcienter indebitum ſoluit, donare præſumitur, *l. 1. ff. de condict. indeb. l. cuius per errorem, de regul. iuris.* Hic autem hæres ſcienter indebitum ſoluit, quia totam reſtituit hæreditatem, cum tamen Quartam retinere poſſet.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quam amplexi fuere Caſtrenſis, Iaſon, Ripa, & Ruinus *in Commentariis d. l. 1. §. denique. ff. ad Trebell.* Fundamentum eſt ſatis firmum in l. ſi ſponſus, *§. ſi quis rogatus. ff. de donat. inter virum & vxorem.* Vlpianus: [*Si quis rogatus ſit percepta certa quantitate vxori ſuæ hæreditatem reſtituere, & is ſine deductione reſtituerit, Celſus lib. 10. Digeſtorū ſcripſit, magis pleniore officio præſtandæ fidei factum maritum, quam donaſſe videri: & rectam rationem huic ſentētiæ Celſus adiecit: quod plerumque magis fidem exoluunt in hoc caſu, quam donant: nec de ſuo putant proficiſci, quod de alieno plenius reſtituunt, voluntatem defuncti ſecuti, nec immerito: ſæpe. n. credimus aliquid defunctū voluiſſe, & tamen non rogaſſe. Quæ ſententia habet rationē magis in eo, qui nō erat deducta Quarta reſtituere rogatus, & tamen integrā fidem præſtat omiſſo Senatuſconſulti commodo.*]

Reſpondet Alexander, dictionem [*Magis*] comparatiue ibi accipiendum, non electiue, quaſi maritus etiam donaſſe videatur, ſed tamen magis fidem impleuiſſe. Non recte: quia nullo modo donaſſe maritus intelligitur, vt patet ex verbis textus. Præcipua enim intentio ſpectanda eſt, *l. ſi quis nec cauſam. ff. ſi certi petatur.* quæ fuit exequendi voluntatem teſtatoris, vt ibi dicitur.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo: Regulam, quæ adfertur ex l. 1. ff. de condict. indeb. locum habere: cum nulla alia poteſt capi coniectura: ſecus ſi alia capi poſſit coniectura, vt in hac ſpecie, illa nempe, vt hæres totam reſtituens hęreditatem. Quarta non detracta, hoc feciſſe videatur, quo pleniore officio pręſtandæ fidei fungeretur. Etſi enim totam hæreditatem non teneatur reſtituere, ex quadam tamen obligatione naturali tenetur, quæ facit, vt ſolutum non repetat, *l. 1. C. ad legem Falcid. Et declarat Guido Papa, ad l. 1. n. 34. de leg. 1. Iaſon ad l. cum quis. C. de iuris, & facti ignorant.* quare coniectura donationis, cum alia iam ſubſit, ceſſare debet, *ex traditis per Decium ad l. donari, de regulis iuris.*

Capvt VIII.

Quarta Trebellianica detractio ſit ne fienda ex tota hæreditate defuncti: an vero ex eo quod ſupereſt, deductis legatis.

EXemplū eſt: Paterfamilias habet quadringenta, legauit centū, cætera per fideicōmiſſum reſtitui ab hærede mandauit. Hæres Quartam ex Trebelliano deducit, quæritur, ſitne ex tota hæreditate deducenda, & ſic ex quadringentis, quo caſu centum detrahentur: an vero ex trecentis tantum, quæ legatis deductis ſupererant.

R. ſpon-

Reſpondeo, adhibendam eſſe diſtinctionem; quæ ſequentibus continetur Concluſionibus. Prima Concluſio. Hæres purè rogatus reſtituere hæreditatem, Quartam ex Trebelliano deducet habita ratione totius hæreditatis & quantitatis bonorum, quæ reperitur: non autem ex eo, quod ſupereſt; deductis legatis: & ideo ſecundùm ſupradictam hypotheſim centum detrahere poterit. Huius concluſionis duplex ratio adferri poteſt. Prima, quia legatorum onus non ad hæredem grauatum, ſed ad fideicommiſſarium, cui reſtituta eſt hæreditas, ſpectat, *l.1.§.vltim.ff.ad Trebell.l.vlt.C.eod.tit.* Sed ſi Quarta deduceretur ex eo, quod ſupereſt deductis legatis, hæres aliquo modo ſentiret onus legatorum; quia ipſius Quarta ex eo eſſet diminuta: ergo ex tota quantitate deduci debet eiuſmodi, Quarta Trebellianica. Altera eſt ratio; quoniam hæres grauatus reſtituere potior eſt legatarijs, quantum ad ſuæ Quartæ detractionem, *l. Titia. ff. ad legem Falcid. & declarat optimè Ripa, ad l.1.§.is qui quadraginta, num.4. ff. ad Trebell.* Sed ſi legata prius deducerentur, ac ex reſiduo Trebellianica deduceretur, ipſa Trebellianica diminueretur propter legata; vt patet. Igitur ex tota quantitate patrimonij deducenda eſt, non ex reſiduo. *Et ita reſpondit Crauetta in conſil.16.*

Secunda Concluſio; Cùm fideicommiſſum eſt purum, ſed legata nominatim ab ipſo hærede grauato relicta ſunt, tunc non ex tota hæreditate, ſed ex eo, quod ſupereſt, legatis deductis, detrahenda eſt. *Ita reſpondit Crauetta in conſil.16. poſt Rotam Romanam, quam citat deciſione 870. Quadam mulier, in antiquis.* Fundamentum eſt; quia cùm legata ab hærede relicta ſunt, onus ſoluendi non ad fideicommiſſarium, ſed ad hæredem ipſum grauatum ſpectat, *l. Marcellus. ff. ad Trebellian.* Ergo non debet fieri deductio Trebellianicæ ex tota ſumma, quia id oneraret fideicommiſſarium.

Sed vt huic ſententiæ non accedam, duæ rationes ſunt in cauſa. Vna, quia etiam in caſu, quem mox ſubijciam, teſtator noluit ad fideicōmiſſarium onus legatorum ſpectare; & tamen hæres grauatus ex omnibus bonis habet Quartam, non autem ex fideicommiſſo duntaxat. Altera eſt ratio; quia non eſt in poteſtate teſtatoris, vt hæredi præiudicet quoad Quartam ei debitam, onerando eum legatis, *l.1.ff. ad legem Falcidiam,* quòd ſi ſuperior ſententia obtineret, liceret teſtatori legatis nominatim ab hærede datis ita hæreditatem exhaurire, vt vel nihil, vel minimum exhæreditate commodum hæres conſequeretur, & ex fideicommiſſo quod reſtitueret. Ipſe igitur opinor idem hoc in caſu ſtatuendum, quod in ſequenti: vt quia teſtator onus, legatorum ſpectare noluit ad fideicommiſſarium, ex omnibus bonis Quarta ex Trebelliano detrahatur contributione facta à legatarijs, & à fideicommiſſario; quam ſententiam probat textus in *l.1.ff. ad Trebellianum, vt notat ibi Iaſon, num.5. & 10. & in l. Marcellus, quæ eſt l.3. & ibi Caſtrenſis notat, eodem titul.* Verba legis hæc ſunt: [*Marcellus autem apud Iulianum in hac ſpecie ita ſcribit, ſi ad hæredis onus eſſe teſtator legata dixerit, & hæres ſponte adijt hæreditatem, ita debere computationem Falcidiæ iniri, ac ſi quadringenta per fideicommiſſum eſſent relicta, trecenta verò legata, vt in ſeptem partes trecenta diuidantur, & ferat quatuor partes fideicommiſſarius, tres partes legatarius, &c.*] His verbis patet, hæredem centum ſalua habere, & reliqua trecenta diuidi inter legatarios, & fideicommiſſarium, qui contribuere dicuntur: quia minus accipiunt, quàm eis ſit relictum. Teſtator enim in ea ſpecie quadringenta habebat, & trecenta legauit: trecenta diuiduntur in ſeptem partes, quarum tres legatarius, quatuor fideicommiſſarius habet.

Tertia Concluſio; quoties deductis legatis hæreditatem reſtitui teſtator voluit, quarta Trebellianica non ex fideicommiſſo tantùm deducitur, ſed ex vniuerſis bonis, & ex legatis, l. Marcellus, §. *idem Pomponius, ff. ad Trebell.* cuius verba hæc ſunt: [*Idem Pomponius ſcribit ſi deductis legatis reſtituere quis hæreditatem rogetur, quæſitum eſſe, vtrum ſolida legata præſtanda ſint, & quartam ex ſolo fideicommiſſo detrahere poſſit; an verò & ex legatis, & ex fideicommiſſo quartam detrahere poſſit, & refert Ariſtonem reſpondiſſe ex omnibus detrahendam, hoc eſt, vt ex legatis, & ex fideicommiſſo.*]

Quarta Concluſio, quoties hæres rogatus eſt hæreditatem reſtituere, non purè, ſed ſub conditione, de fideicommiſſo ſolo quarta Trebellianica detrahenda eſt ſecundum Bart. *in l. Marcellus. §. idem Pomponius. ff. ad Trebellian.* Crauettam *conſ.* 16. Ancharan. *quæſt. famil.* 6. D. meum Cephalum, *in conſil.* 189. *lib.* 2. *&* 423. *lib.* 3. *qui* & alios citant. Sed contrarium docuerunt Salicet. Socin. ſen. Paulus Caſtr. & Iaſon, *ind. §. idem Pomponius*, nempè, deducendam quartam, & fideicommiſſo, & ex legatis. Quam ob rem videamus vtriuſque ſententiæ argumenta, eaque, vt decet, expendamus.

Prioris ſententiæ argumenta hæc ſunt: Primum ex l. penultim. §. 1. ff. ad leg. Falcid. vbi quarta detrahitur ex ſolo fideicommiſſo, non autem ex legatis alimentorum; & ratio adferri poteſt: quia hæc videtur eſſe voluntas teſtatoris, dum legata purè relinquit, & fideicommiſſum ſub conditione.

Secundum argumentum eſt; quia cùm fideicommiſſum eſt conditionale, vt ſciatur quid, & quantum hæredi debeatur pro ſua quarta, expectandum eſt tempus euenientis conditionis, non autem tempus mortis teſtatoris, *l. ſed etſi in conditione. §. ſolemnus. ff de hæred. inſtit.* Cùm ergo tempore cõditionis euenientis ſoluta ſint legata, ex ſolo fideicommiſſo, quod tunc ſupereſt, detrahenda eſſe Trebellianica videtur. Huc accedat, quòd tanta eſſe poſſunt legata, vt ſi ex legatis, & ſimul ex fideicommiſſo quarta ſit deducenda ab hærede, is quandoque plus ſit habiturus, quam ille cui reſtituere iuſſus eſt hæreditatem, quod videtur eſſe contra mentem teſtatoris, qui plus fideicommiſſarium dilexit, quàm hæredem.

Tertium argumentum. Verba debent accipi eo reſpectu, quo prolata ſunt (ſunt verba Crauettæ) *l. debitor. §. vlt. ff. ad Trebell.* Sed Trebellianicæ detractio conſideratur, ac inducitur à lege reſpectu bonorum, quæ ex fideicommiſſo ſunt reſtituenda, non aliorum; ergo debetur habita ratione dictorum bonorum duntaxat, quæ reſtituenda ſunt, non etiam aliorum, quæ non ſunt reſtituenda.

Quartum argumentum. Trebellianica, & fideicommiſſum vniuerſale, correſpectiua ſunt, quia ceſſante dicto fideicommiſſo, non eſt dare quartam Trebellianicam, ſed ea, quæ ſunt correſpectiua (inquit Crauetta) non debent diuerſo iure cenſeri, *l. etiam. §. ex cauſa. ff. de minoribus.* Diuerſo autem iure cenſerentur, ſi Trebellianicæ detractio minueret fideicommiſſum. Hoc autem accideret, ſi deducenda eſſe tam ex fideicommiſſo, quàm etiam ex alijs bonis.

Quintum argumentum Crauettę. Quęlibet diſpoſitio reſtringitur ex cauſa finali *l. cùm pater. §. dulciſſimis, de legat.* 2. Sed cauſa inductiua detractionis Trebellianicæ eſt fideicommiſſum tantùm, ergo deduci debet ex fideicommiſſo tantùm.

Poſtremum argumentum; Priuatio, inquit Crauetta, præſupponit habitum, *l. decem, ff. de verbor. obl.* Igitur lex permittens detractionem Trebellianicæ, intelligi debet de bonis exiſtentibus tempore ipſius detractionis, non de alijs, quæ non ſunt in hęreditate, puta de legatis iam ſolutis: nec enim eſt veriſimile legem voluiſſe eam detractionem fieri ex bonis, quæ non ſunt in hæreditate & reſtitui non debent.

Sed iſtis nil morantibus contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico. Moueor primùm ex d. l. Marcellus, §. *idem Pomponius*, vbi diſertè dicitur, quartam eſſe deducendam tam ex legatis, quàm ex fideicõmiſſo. Et licèt non agatur ibi de fideicommiſſo conditionali, nulla tamen adferri poteſt ratio, cur in conditionali fideicommiſſo aliter ſit reſpondendum.

Secundò, moueor ex l. ita tamen, §. *hæres ex aſſe. ff. ad Trebellian.* vbi fideicommiſſum partim erat purum, partim, & conditionale, & tamen quarta detrahitur tam ex fideicommiſſo, quàm ex legatis.

Tertiò, moueor hoc argumento. Certum eſt quartam, quæ hæredi debetur, auferri, aut minui non poſſe per legata, *l.* 1. *ff. ad legem Falcid.* Sed ſi ex fideicommiſſo duntaxat, non etiam ex legatis detrahenda eſſet quarta, illa per legata minueretur; Eſſet enim in arbitrio teſtatoris tot legatis onerare hæreditatem, vt in fideicommiſſo mi-

nima eſſet pars bonorum; atque ita efficere contra legem Falcidiam, vt quartam partem hæres non haberet; Ergo tam ex fideicommiſſo, quàm etiam ex legatis deducenda eſt Trebellianica.

Reſpondet Crauetta, abſurdum videri legatorum ſolutionem factam ante reſtitutionem fideicommiſſi ex caſu ſuperueniente irritari, nempè, ex reſtitutione fideicommiſſi poſtea facta. Et ad leges allegatas reſpondet, eas locum habere, vbi conſtat de voluntate teſtatoris, puta, cum voluit legata omnia æqualiter præſtari tam pura, quàm conditionalia; Sed non conſtat, teſtatorem hoc voluiſſe, vt legata diminuerentur iam ſoluta propter Trebellianicæ detractionem.

Reſpondeo, ſolutionem legatorum legitimè factam non irritari, ſed diminutionem fieri pro rata, propter quod etiam cautio præſtari ſolet à legatarijs de reſtituendo, ſi quid plus acceperint, quàm per legem Falcidiam liceret, *vt in d. l. Ita tamen, §. hæres ex aſſe. ff. ad Trebellian. & in l. 1. §. ſi legata. ff. ſi cui plus quàm per legem Falcid.* Quod verò Crauetta ſubdit de teſtatoris voluntate, nihil mouet: quia nullum verbum in d. §. idem Pomponius, apparet, ex quo illa voluntas teſtatoris deprehendatur, vt videlicet legata diminuerentur propter quartæ detractionem.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ, ex l. penult. §. 1. ff. ad legem Falcid. reſpondeo, nihil fuiſſe pro alimentis in ea ſpecie legatum, ſed à teſtatore debebantur alimenta, & in conſequentiam ab hærede, ſicuti optimè declarat ibi Paulus Caſtrenſis, & Socinus *in d. §. idem Pomponius*; nec repugnant, immò fauent huic interpretationi verba textus.

Quod verò dicitur eam videri teſtatoris voluntatem, vt ex ſolo fideicommiſſ. Trebellianica deducatur; quia legata purè, & fideicommiſſum ſub conditione reliquit, nihil obſtat; quia non licet teſtatori, etiamſi velit, minuere legatis quadrantem hæredis; *vt in l. 1. ff ad leg. Falcid.* vt iam ſuprà diximus. Niſi expreſsè detractionem Trebellianicæ fieri prohibeat, in qua ſpecie nec verſamur & fortaſſe idem reſpondendum eſt, *ex traditis ſuprà, cap. 4.*

Ad ſecundum, nego inſpiciendum eſſe tempus euenientis conditionis. Eſt enim potius tempus mortis ſpectandum, vt in l. in quantitate. ff. ad leg. Falcid. §. cùm ratio, in Inſtitut. eodem titul. [*Cùm ratio*, inquit, *Falcidiæ initur, quantitas bonorum, quæ erat tempore mortis, attendetur.*] Nec contrarium probat l. ſed etſi conditioni, §. ſolemus. ff. de hæred. inſtit. licèt perperam à Crauetta adferatur. Porrò, cum legatis etiā hæreditas grauata tunc non ex ſolo fideicommiſſo fit deductio, ſed contribuunt, etiam legatarij, adeò vt illud abſurdum non ſequatur; quia hæres quartam habebit: inter fideicommiſſarium verò & legatarios diſtributio fiet, *vt in l. 2. & 3. ff. ad Treb. & in d. §. idem Pomponius.* Et in ſumma, ſi tot legatis onerabitur hæreditas, ſi modò non vltrà dodrantem, non poterit fideicommiſſarius conqueri, quia teſtatori licuit ita diſponere.

Ad tertium argumentum, concedo Trebellianicam reſpectu fideicommiſſi, & ſic reſpectu bonorum, quæ fideicommiſſo ſubiecta ſunt, conſiderandam, & ideo cùm ſimul ex legatis, & ex fideicommiſſo Quarta deducitur, dicimus quidem eam deduci tam ex fideicommiſſo, quàm ex legatis, ſed non eodem iure. Nam quatenus ex fideicommiſſo detrahitur, hoc fit autoritate Trebelliani, quatenus ex legatis, id ex lege Falcidia conceſſum eſt, licèt quantum admodum loquendi totam deductionem, quæ & ex fideicommiſſo, & ex legatis fieri dicitur, appellemus Trebellianicam: neque enim multum refert, quo pacto loquamur, ſi res ipſa intelligatur, & ſubſiſtat. Quæ reſponſio valet ad quartum, & quintum argumentum etiam.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, legatis ſolutis actionem tamen ſupereſſe ad petendum, id quod ſolutum eſt, ſi cui plus quàm per leg. Falcidiam ſolutum fuerit ex cautione ob id præſtita; qui autem actionem habet, rem ipſam habere videtur, *l. qui actionem, de regul. iuris.*

CAPVT IX.

Fructus in Trebellianicam ſintne imputandi, cùm verſamur in liberis primi gradus qui præter Trebellianicam etiam legitimam detrahunt?

IMPERATORIS Zenonis clara extat Conſtitutio in fauorem edita liberorum, qui hæreditatem reſtituere rogantur, vt quartam partem ex Trebelliano detrahant, in quam fructus antea percepti non imputentur, *in l. iubemus. C. ad Trebellian.* Sed controuerſia eſt: Cùm filius detrahit non ſolùm Quartam Trebellianam, verùm etiam legitimam, ſitne illi Conſtitutioni locus. Et non eſſe locum reſponderunt Paulus Caſtrenſis, *ad l. ſcimus. C. de inoffic. teſtament. & in conſil.* 188. *lib.* 2. Alexand. *in l. Mulier. §. cùm proponeretur. ff. ad Trebellian.* & alij multi *apud Antonium Gabrielium, lib. 4. commun. Concl. tit. ad Trebellianum, concluſ. 12. numer. 10. quibus adde Dominum meum Cephalum in conſil.* 153. *num.* 70. *lib.* 2.

Fundamentum eſt, quia filius hoc in caſu legitimam detrahit tanquam filius; Trebellianam verò tanquam extraneus, vt patet *ex c. Rainaldus, de teſtament.* ibi: [*Nec non Quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus deducere potuiſſet.*] Sed extraneus in Trebellianicam fructus imputat, vt conſtat inter omnes: ergo & filius imputare debet hoc in caſu, quo loco extranei habetur.

Sed contrariam ſententiam amplexus eſt Bartolus, *ad l. quod de bonis. §. quod autem. ff. ad legem Falcid.* & ibid. etiam Alexander, & multi alij, *quos commemorat Gabrielius loco proximè citato, num. 2. quibus & ipſe aſſentior, & addo Couarr. ad c. Rainutius. §. 11. num. 8. de teſtament. Menoch. de arb. iudicum, Caſu* 256. *num.* 35.

Probatur hæc ſententia ex l. iubemus, C. ad Trebell. vbi apertè conſtitutum eſt, fructus in Trebellianicam non imputari in liberis primi gradus, ſicut nec in legitimam imputantur, *ex l. ſcimus. §. repletionem. C. de inoffic. teſtament.* Item probatur hæc ſententia ex c. Rainutius, *de teſtam.* vbi patet, fructus non imputari in Trebellianicam, niſi à tempore litis conteſtatæ, & nulla ſit mentio fructuum antea perceptorum à grauata filia, quòd videlicet imputari debeant, quòd ſanè par erat exprimere, ſi imputari debuiſſent.

In his itaque legibus, cùm ſit optimè fundata hæc ſententia, ad contrariæ ſententiæ argumentum ita reſponderi poteſt, negando filium, quartam Trebellianicam deducere tanquam extraneum; nec enim id verum eſt, nec Summus Pontifex id dicit *in d. c. Rainutius.* Cùm filius reſtituere rogatus eſt, legitimam ſaluam habet, quæ in reſtitutionem non venit, quia nec grauari poteſt, & filio debetur abſque omni onere, atque adeò illam detrahit. Trebellianicam verò etiam detrahit, ſed non tanquam extraneus, ſed hac ratione; quia omnis, qui reſtitutione grauatus eſt, etiamſi ſit extraneus, quartam detrahit; Ergo multò magis filius, qui non eſt extraneus, ſi reſtitutione grauatus ſit, illam poteſt detrahere. Hæc eſt Pontificis Maximi ſententia, dum dixit: [*Quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus.*]

Non obſtat, ſi dicatur, Zenonem in d. l. iubemus, loqui, quando filius dodrantem reſtituit, & ſic in eo caſu, quo vnam tantùm quartam detrahit; quia, reſpondeo, Zenonis tempore non fuiſſe conſtitutum legitimam excipiendam eſſe de reſtitutione: Id enim poſtea Iuſtinianus ſtatuit in Nouella de reſtitutionibus, & ea, quæ parit, vt ſupra diſputatum eſt latè hoc *eodem lib. cap.* 2. Quare Zeno meritò præſupponit dodrantem reſtitui. Cùm igitur poſtea conſtitutum fuerit, vt legitima excipiatur de fideicommiſſo, nec filijs ademptum fuerit beneficium, quod extraneis etiam competit, Trebellianam conſequendi, & fructus in eam non imputandi, certè nihil proponitur, cur Zenonis Conſtitutio etiam hoc tempore manere non debeat in ſuo robore, quo filij præter quartam Trebellianicam etiam legitimam, ex reſtitutione meritò excipiunt, atque deducunt. Quod enim non mutatur, cur ſtare prohibeatur, *l. præcipimus. C. de appellationibus atque ita ſentio.*

CAPVT

Capvt X.

Alia explicatur Controuerſia ad interpretationem d.l. iubemus, C. ad Trebell. an fructus imputentur in Trebellianicam, quando filius reſtituere hæreditatem iuſſus eſt extraneo.

POſtquam Imperator ſtatuit in Trebellianicam fructus haudquaquam imputandos, quoties filius à patre rogatus eſt hæreditatem reſtituere cæteris filijs, & quędam alia de cautione non præſtanda, hoc in caſu fideicommiſſorum præſtandorum cauſa, tandem in §. vlt. d. l. iubemus, C. ad Trebel. ſubiecit hæc verba: [*Illud etiam admonemus, ea quæ de Falcidia portione, non per reditus, ſed per ipſas res hæreditarias retinenda, & de ſatisfactione fideicommiſſorum, ſicut ſupra dictum eſt, concedenda diximus, non vlterius, quam in iis perſonis & caſibus, quorum ſuperius mentio facta eſt, oportere produci.*]

Quæ verba controuerſiam pepererunt. Nam aliqui ita ſunt Zenonis legem interpretati, quæ de fructibus in Trebellianicam non imputandis eſt conſtitutum, vt locum non habeat, cum filius hæreditatem reſtituere rogatus eſt extraneo, vel alijs, qui non ſint ex liberis teſtatoris, propterea, quod illa conſtitutio ad alios caſus, & perſonas produci non poſſit. Certum autem ſit, eam loqui: [*Quoties pater vel mater filio ſeu filia, filiis vel filiabus hæredibus inſtitutis inuicem, ſeu ſimpliciter quoſdam ex iis, aut quendam rogauerit, qui prior ſine liberis deceſſerit, portionem hæreditatis ſuæ ſuperſtiti, ſeu ſuperſtitibus reſtituere.*] vt in principio legis habetur. Quare cũ ad alios caſus, & perſonas id extendi non poſſit, ſequitur dicendum, extendi etiam non poſſe ad eum caſum, quo filius vel filij non cæteris filijs, ſed alijs extraneis puta, vel cognatis iuſſi ſunt hæreditatem reſtituere.

Huius ſententiæ autores commemorat late Antonius Gabrielius *lib. 4. commun. concluſ. tit. ad Trebell. concluſ. 12. nu. 5.* & ſimul etiam contrariæ ſententiæ refert aſſertores, quibus ſane ego potius aſſentior. Hæc enim mihi videtur eſſe Zenonis ſententia, vt Conſtitutio ſua ad alias perſonas non extendatur: quia ad ſolos primi gradus eam pertinere voluit. Quamobrem alij, qui filij non ſunt, reſtituere grauati, fructus interea perceptos imputabunt in Trebell. & in alijs caſibus locus erit ſatiſdationi fideicommiſſorum ſeruandorum gratia, cum videlicet perſona rogata reſtituere hæreditatem non erit filius primi gradus, ſed alius, quam filius: Hæc interpretatio ideo mihi probabilior videtur, quia cum filius rogatur reſtituere hæreditatem extraneis vel cæteris, qui nõ ſint filij teſtatoris, nulla eſt ratio, cur fructus tunc imputare debeat in Trebellianicam, imo minus tunc, quam eo in caſu, quo reſtituere debet filijs, imputare deberet: ne melioris ſint conditionis extranei, quam filij teſtatoris, quibus hæreditas reſtituenda eſt. Quare prior interpretatio nullam rationem habet, & verbis tãtum nixa, verum & rationi conſentaneum ſenſum euertere non debet, quem poſterior continet ſententia, quam nos toto pectore amplectimur.

Capvt XI.

Cum pars hæreditatis legatur, vtrum in tali legato locum habeat lex Falcidia: an vero Trebellianum Senatusconſultum.

HÆreditatis partem legari poſſe palã eſt ex l. mulier, §. vlt. ff. ad Trebel. Sed controuerſia eſt: an, ſi vltra dodrantem hæreditas ſit legatis onerata, Quartæ deductioni in tali legato ſit locus ſecundum legem Falcidiam: an vero ſecundum Trebellianum Senatusconſultum, & Raphael Cumanus, ac Socinus ſenior, *ad Rubric. ff. ad Trebell.* ſecundum legem Falcid. deductionem fiendam docuerunt, quorum ſententia mihi veriſſima videtur. Falcidia enim locum habet in legatis, & Trebellianum in fideicommiſſis, *vt dixit Imperator in l. 2. §. Quintus*, *C. de veteri iure enucl. & patet ex §. ſed quia, in Inſtitut. de fideicommiſſar. hæred.* Ergo in legato partis hæreditatis locum habebit lex Falcidia, non Trebellianum Senatusconſultũ. Semper enim locus eſt Falcidiæ, cum vltra dodrantem legatã dantur, *l. 1. ff. ad leg.*

ad leg. Falcid. Huc accedat, quod textus dixit: [*Quantam quiſque pecuniam cuiq; legare volet, ius poteſtasque eſto, dummodo ita detur legatum, vt apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat.*] Pecuniæ autem appellatione omnes res continentur, & omnia iura, *l. pecuniæ, ff. de verb. ſignif. l. vlt. C. de conſtit. pecun.* & hæreditatem etiam contineri probat locus Marci Tullij 2. *de Legibus*, vbi docet, ad quẽ pecunia patrisfamilias perueniret, teneri ſacra eadem celebrare, pecunia ibi accipitur pro hæreditate.

Contrariam ſententiam habuerũt Gloſ. & Caſtrenſ. *ad Rubr. ff. & C. ad Treb.* & Ruin. *ibidem.* Ripa *ad l. in Quartam, non procul à principio, ff. ad leg. Falc.* Vaſquius *de ſucceſſionum reſolutione, lib. 2. §. 11.*

Fundamentum eſt, quia legatum partis hæreditatis videtur habere naturam fideicommiſſi: ſicut enim in fideicõmiſſarium, cui hæreditatis fit reſtitutio, tranſeunt iura hæreditaria, *l. 1. l. reſtituta. ff. ad Trebell.* ita & in huiuſmodi legatarium hæreditatis, *l. ſi quis ſeruum. §. vlt. de leg. 2.*

Reſpondeo, non eſſe bonam cõſequentiam. Habet legatum naturam fideicommiſſi: Ergo locus eſt Trebelliano. Nam legata & fideicommiſſa ſunt exæquata, *l. 1. de leg. 1. l. 2. C. commun. de legatis, & fideicommiſſ.* & tamen nemo dixerit in legatis locum eſſe Trebelliano, & in fideicommiſſis legi Falcidiæ.

Pro eadem ſententia Ruinus adfert alia argumenta. Primum eſt, quod lex Falcidia ad particularia tantum legata pertineat, non autem ad vniuerſalia, ſicut eſt legatum hæreditatis, l. 1. ff. ad Trebellia. dum textus ait: [*Explicito tractatu, qui ad fideicõmiſſa ſingularium rerũ pertinet, &c.*] quaſi ſignificet tractatum Falcidiæ ad legata ſingularium rerum pertinere, non autem vniuerſalium, qualis eſt pars hæreditatis. Reſpondeo, Iuriſconſultum reſpexiſſe ad id, quod erat præcipuum. Nam in præcedentibus præcipue egit de legatis particularibus: non tamen negari poteſt, quin & de vniuerſalibus egerit in tit. de legatis. de cond. & demonſtr. & in ipſo tit. ad legem Falcidiam: In eo enim plurimæ ſunt leges pertinentes ad fideicommiſſa vniuerſalia, & ad ipſum Trebell. S. C. accipiendo, vt ſæpe ſit, Falci. pro Trebelliano.

Secundum argumentum eſt, quia in legatis vniuerſalibus ratio ceſſat, ob quam Falcidia fuit inuenta. Nam cum hæres obligatus remaneret creditoribus, & omnia bona legatarijs dare deberet, recuſabat hęreditatem adire, ideo lex Falcidia prohibuit vltra dodrantem legari. Hęc ratio ceſſat in legatis vniuerſalibus: quia legatarius partis hæreditatis, obligatus eſt creditoribus pro rata, non autem hæres.

Reſpondeo, non eam fuiſſe cauſſam introducendæ legis Falcidiæ: ſed quia hæres pro nullo, vel minimo lucro recuſabat hæreditatem adire, ideo ſancitũ eſt, vt Quartam habere poſſit, *vt habetur in Inſtit. de lege Falcidia, in prin.* Quæ ratio locum habet, ſiue legatis particularibus exhauriatur hæreditas, ſiue vniuerſalibus: ſemper enim pro nullo, vel minimo lucro recuſabit hæres adire, niſi Quartam obtineat, ſicut lege Falcidia conſtitutum eſt.

Tertium argumẽtum, quia ſi locus eſſet legi Falcidiæ, in eam non imputarẽtur hoc in caſu, niſi ea, quæ iure hæreditario hæres haberet, *iuxta l. in quartam, ff. ad leg. Falci.* Sed hoc eſt iniquum: Nam cum hæres tali legato vniuerſali oneratus non ſit, pro eius rata obſtrictus oneribus hæreditarijs (illa enim in legatarium merito tranſeunt) æquum eſſe videtur, vt in quartã omnia imputet, quæ etiam nõ iure hæreditario conſequitur, ſicut ea ratione in Trebellianicam imputari ſolent, quia videlicet hæres grauatus fideicommiſſo, non eſt oneribus hæreditarijs obſtrictus, *vt tradit Gloſſ. in d. l. in quartã.* ergo locus non erit in propoſita ſpecie l. Falcidiæ, ſed potius Trebel. S. C.

Reſpondeo, exploratum non eſſe, cur in Trebellianicam imputentur ea, quæ hæres conſecutus eſt etiam non iure hæreditario; ſecus autem in Falcidiam. Rationem illam Gloſſæ multi damnant, & aliæ aſſignãtur rationes, *vt per Ripam in d. l. in quartã, num. 13. & 14.* Imo vero nullam differentiã eſſe circa eiuſmodi imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam, probat Iacobus

cobus Cuiacius *lib. 8. Obſeruat. cap. 4.* de quo tamen infra diſſeremus, *c. 15.*

Poſtremum argumentum eſt: quia pecuniæ verbum ſignificat corpus, non autem ius, ſecundum Paulum Caſtr. *in l. nam quod. §. vlt. ad Trebell.* text. autẽ *in l. 1. ff. ad leg. Falcid.* dicit: [*Quantum quiuque pecuniam legauerit.*] Ergo loquitur de corpore legato, non autẽ de parte aliqua hæreditatis: & conſequenter in legato partis hæreditatis locus legis Falcidiæ non eſt.

Reſpondeo, argumentum hoc eſſe contra l. pecuniæ. 222. ff. de verb. ſignif. vbi tex. dicit: [*Pecuniæ nomine non ſolũ numerata pecunia, ſed omnes res tam ſoli, quam mobiles, & tam corpora, quam iura continentur.*] Immo & in d. l. nam quod. §. vlt. ff. ad Treb. pecuniæ verbum, hæreditatem ſignificat, & refert Alc. ad d. l. pecuniæ, D. Auguſtinũ in lib. de doctrina Chriſtiana, dicentẽ: [*Totum quod homines in terra habent, & quorũ domini ſunt, pecunia dicitur: quia antiqui quod habebant, in pecorib. habebant.*] Nec contrarium docet Caſtrenſ. à Ruino citatus in argumento, nec Bart.

Nec valet Ruini interpretatio, ac reſpõſum, pecuniæ appellatione iura etiam contineri, cum generaliter, vel indefinite verbum, pecuniæ, profertur: ſecus autem, cum fit mentio partis pecuniæ. Nam, vt maxime vera ſit hæc declaratio, certe in l. 1. ff. ad leg. Falcid. textus loquitur generaliter de pecunia: [*Quantam quuq; pecuniam legauerit, &c.*] Quod ſane verbum, pecuniæ, ſi non etiam iura comprehenderet, legi Falcidiæ fraus fieri poſſet: cum videlicet quis legaret vltra dodrantem iura hæreditatis. Hoc autem abſurdum eſt, & contra text. *in l. 1. non ſolum. ff. ad leg. Falc.* Denique, ſi pecuniæ, verbum, generaliter prolatum, iura etiam cõplectitur, cur non partem iurium complectetur verbum pars pecuniæ?

Capvt XII.

Lex Falcidia vtrum locum habeat in fideicommiſſis ſingularibus.

Legem Falcidiam locũ habere in fideicommiſſis ſingularibus, cenſuerunt Iaſon *in Rubr. ff. ad Trebel.* & ibidem etiam Ruinus, nec non Ripa *ad l. in quartam, non procul à principio, ff. ad leg. Falcid.* Vaſquius *de ſucceſſionum reſolutione, lib. 2. §. 1.*

Fundamentũ ponunt in l. 1. ff. ad Trebel. [*Explicato* (inquit Vlpianus) *tractatu, qui ad fideicommiſſa ſingularum rerũ pertinet, tranſeamus nunc ad interpretationẽ Senatusconſulti Trebelliani.*] Quibus verbis indicat tractatum Falcidiæ, qui præceſſit, ad fideicõmiſſa ſingularum rerum pertinere. Huc accedat ratio. Nam antequã ex Pegaſiano liceret Quartã ex fideicommiſſis detrahere, ſine dubio detractio fieri potuit ex lege Falcidia, ne fideicommiſſis exhauſta hæreditate, redderetur legis Falcidiæ eluſoria conſtitutio. Atq; hęc extenſio ad fideicommiſſa tanto magis admittẽda videtur, quia fideicommiſſum venit legati appellatione *l. 2. de leg. 2.* Et ratio legis Falcidiæ locum habet, etiam in fideicommiſſis particularibus. Hæc & ſimilia argumenta profert Ruinus.

Verum illis ego non aſſentior: exiſtimo enim ex fideicommiſſis particularibus deductionem fieri ſecundum Pegaſianum, ſiue Trebellianum Senatuſconſultum vna cum Raphaele Cumano, & Barthol. Socino *ad Rubr. ff. ad Trebell.* Nam præterquam, quod ſatis clare Iuſtinianus dixit *in l. 2. §. Quintus. C. de veteri iure enucl.* Falcidiam locum habere in legatis, & Trebellianum in fideicommiſſis, extat hac de qua re agimus, locus præclarus Inſtitut. de fideicommiſſarijs hæredit. § Sed quia. [*Sed quia,* inquit Iuſtinianus, *hæredes ſcripti, cum aut totam, aut pene totam plerunq; hæreditatem reſtituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum, vel minimũ lucrum recuſabant, atque ob id intinguebantur fideicommiſſa, poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus Pegaſo & Puſione Conſulibus, Senatus cenſuit, vt ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere: perinde liberet quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex ſingulis quoque rebus, quæ per fideicommiſſum relinquuntur, eadem retentio permiſſa eſt.*]

His poſtremis verbis apparet, ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis (hæc ſunt fideicommiſſa particularia, de quibus noſtra eſt diſpoſitio) permiſſum fuiſſe eandem

eandem detractionem, quæ permittebatur ex vniuerſalibus fideicommiſſis, quando ſcilicet vel totam hæreditatem, vel partem eius reſtituere hæres grauatus erat. Et quidem ex Pegaſiano Senatuſconſulto fuiſſe permiſſam, ad exemplum eius Quartæ, quæ detrahi ex legatis per legem Falcidiam poterat.

Reſpondet Iaſon, illa verba referenda eſſe ad legem Falcidiam, vt ſenſus ſit: ex lege Falcidia permiſſam eſſe retentionẽ ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.

Sed contra repugnant verba textus, quibus apparet, Veſpaſiani Auguſti temporibus, Pegaſo & Puſione Conſulibus, Senatũ cenſuiſſe, vt qui rogatus eſſet reſtituere hæreditatem, Quartam ad exemplum legis Falcidiæ retinere poſſet, & eandem retentionem permiſſam fuiſſe, etiam ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.

Reſpondet ſecundo loco Ripa, ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis permiſſam eſſe retentionem, ſcilicet ex ſingulis rebus particularibus contentis in fideicommiſſo vniuerſali, quo hæreditas reſtituenda eſt.

Non recte, quia verba repugnant: Ait enim textus, [*ex ſingulis quoq; rebus per fideicommiſſum relictis,*] quorum verborũ ſenſus eſt, ſingulas res relictas fuiſſe per fideicommiſſum, non autem, vti in vniuerſali fideicommiſſo comprehenſas, præſtandas eſſe.

Tertio reſpondet Vaſquius, Iuſtinianũ non declarare, quonam iure ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis, permiſſa ſit illa Quartæ retentio: quare intelligendum hoc eſt iure legis Falcidiæ, non iure Pegaſiani, quia text. dicit, permiſſa eſt, alias debere dicere, introducta eſt.

Hęc reſponſio nihil valet: quia clara ſunt verba textus, quibus dicitur eandem retentionem permiſſam eſſe ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis, quæ permiſſa extat ex hæreditate per fideicommiſſum relicta. Hæc autem ex Pegaſiano fuit permiſſa ad exemplum legis Falcidiæ: Et nulla eſt differentia, vtrum dicatur [*retentio permiſſa eſt, an vero, introducta eſt*] quia Pegaſianum permiſit, & ſimul introduxit Quartæ retentionem, ad exemplum legis Falcidiæ.

Ad argumenta contrariæ opinionis reſpondeo, quod attinet ad l. 1. ff. ad Trebell. Vlpianum reſpexiſſe ad præcipuam intentionem, & maiorẽ partem tractatus. Nam & in præcedentibus titulis multæ ſunt leges pertinentes ad fideicommiſſarias hæreditates, & contra in ipſo tractatu Trebell. multæ ſunt leges pertinentes ad fideicommiſſa rerum ſingularum, quare non recte ſumi poteſt argumentum ex eo loco, legem Falcid. pertinere ad fideicommiſſa ſingularum rerum: neque vero tanti hæc leuis coniectura facienda eſt, vt à verbis claris Iuſtiniani recedere debeamus.

Ad alterum argumentũ reſpondeo, leg. Falcidiam nec directe, nec per extenſionẽ ſiue interpretationem pertinuiſſe ad fideicommiſſa: tum, quia, cum lex Falcidia lata eſt, nondum erat ab Auguſto autoritas data fideicommiſſis, tum, quia tunc non opus fuiſſet Pegaſiano Senatuſconſulto, quoad exemplum legis Falcidiæ Quartæ retentio ex fideicommiſſis permiſſa eſt. Nec verum eſt appellatione legati fideicõmiſſum contineri antiquo iure: ſed iam propter exæquationem legatorum & fideicommiſſorũ verum eſt. Et quod dicitur, rationem legis Falcidiæ locum habere etiam in fideicommiſſis conceditur. Nam & hæc fuit cauſa, vt ad exemplum eius retentio permitteretur ex fideicommiſſis.

Capvt XIII.

Vt ceſſet Falcidia, an tacita prohibitio ſufficiat.

CVm Falcidiã expreſſe prohiberi poſſe perſpicuum ſit ex Nouella de hæredibus, & Falcidia, illud in controuerſiam venit, an tacita prohibitio ſufficiat, an vero expreſſa requiratur. Tacitæ prohibitionis exempla ſunt multa, puta ſi teſtator totam rem præſtari mandauit, & abſque diminutione. Et quidem tacitam hanc prohibitionem ſufficere, autores ſunt Alex. *in conſ. 5. li. 3.* Ang. Aret. *in tract. de teſt. verſ. item ſciens vires patrimonij.* Boer. *deciſ. 44. n. 31.* Menoch. *alios citans in conſ. 374. nu. 14. lib. 3.*

Fun-

Fundamentum eſt, quia ſatis videtur expreſſum, quod ex mente & coniecturis colligitur, *l. Gallus, §. 1. ff. de liber. & poſthum. Ripa ad l. 1. num. 50. ff. de vulg. Tiraquell. de leg. Connubia lib. Gloſſ. 7. num. 85. verſ. expreſſum. Afflict. deciſ. 44. num. 15.*

Cæterùm Caſtrenſis *in Authent. Sed cùm teſtator. C. ad leg. Falcid.* quem ſequitur Hieronymus à Monte, *quæſt. 1.* diſtinctione vtitur, vt ſi quidem verba teſtatoris neceſſariò prohibitionem inducant Falcidiæ, tunc ſufficit, aliàs ſecùs.

Verùm iſtis ego non aſſentior. Exiſtimo enim tacitam prohibitionem non ſufficere, ſed expreſſam requiri, *ſicut Bartolus docet in §. ſi vero expreſſim, in Authent. de hæred. & Falcid. necnon Angelus ibidem. Oldradus in conſ. 248. Socinus ſenior in conſil. 33. lib. 1. Socinus iunior, in conſil. 170. num. 24. lib. 2. Couuarr. ad c. Rainald. §. 3. num. 6.*

Fundamentum illud mihi ſolidum videtur, quod nititur text. d. Nouellæ *de hæred. & Falcid.* cuius verba hæc ſunt: [*Hæc autem dicimus, vbi errans teſtator de ſua ſubſtantia hoc agit, aut fortè cùm debuiſſet etiam ampliorem quantitatem hæreditatem hæredi relinquere, pro minore diſpoſuit: Etenim etiam hoc errantis ſententiæ eſt, & non puræ & integræ deſignationis. Si verò expreſſim deſignauerit, non velle hæredem retinere Falcidiam, neceſſarium eſt teſtatoris valere ſententiam. &c.*]

Ex his verbis ego ſumo argumentum huiuſmodi: Cùm teſtator ita legatis onerat hæredem, vt debita portio apud eum non remaneat, præſumitur id feciſſe per errorem, fortè quòd exiſtimauerit, ſe plus in bonis habere, quàm habeteт: Sæpe enim de ſuis facultatibus plus aliquando ſperant homines, quàm in eis ſit, vt in Inſtit. quibus ex cauſſis manumittere non licet, ideo Falcidiæ locus eſt, ſi hæres inuentarium confecerit, *vt in d. Nouella.* Sed hæc ratio locum habet etiam in caſu, quo teſtator mandat integra legata præſtari, & abſque diminutione, & ſic videtur tacitè prohibere detractionem, quæ fit ex l. Falcidia; ergo & hoc in caſu locus erit legi Falcidiæ, ſi hæres inuentarium fecerit, non obſtante tacita prohibitione.

Aſſumptio argumenti facilè probatur. Nam ſi v. g. quis in bonis habeat c c c c. & leget varijs perſonis vltra c c c. vel etiam vltra ipſa c c c c. eaque legata integra præſtare velit, ſine dubio exiſtimari poteſt erraſſe, & plus putaſſe in facultatibus habere, quàm reuera haberet. Hæc autem erroris præſumptio capienda eſt ex ſententia Iuſtiniani, & ideo neceſſaria eſt expreſſa prohibitio, vt ſtatim ſubdit text. dicens: [*Si verò expreſſim, &c.*]

Ad argumentum reſponſio patet, quia tacita hic non æquipollent expreſſis, propter errorem, qui præſumitur, ſicut & alias nonnunquam accidere ſolet; vt expreſſa noceant, non expreſſa, non noceant, *l. nonnunquam ff. de condit. & demonſtr.*

CAPVT XIV.

De interpretatione l. ſi hæres, §. item ſi Reipubl. ff. ad legem Falcid.

DECEPTI ſunt interpretes antiqui in huius loci interpretatione, qui cùm multa alia acutè viderint, non idcircò abijciendi ſunt. Verba textus hæc ſunt: [*Item ſi Republicæ in annos ſingulos legatum ſit, cùm de lege Falcidia quæratur, Marcellus putabat tantùm videri legatum, quantum ſufficiat ſorti ad vſuras trientes eius ſumma, quæ legata eſt, colligendas.*] Arbitrati ſunt vſuras trientes eas eſſe, quæ triennio ſortem æquant, ac propterea legatis decem annuis idem eſſe dixerunt, ac ſi legata eſſent xxx. Nõ rectè: quia ſunt trientes vſuræ, cum quatuor pro centenario dantur. Eſt enim tertia pars vſuræ centeſimæ, quæ eſt, cum duodecim in ſingula centena numerantur annuatim, hoc eſt, vnum ſingulo menſe: ſolebant enim veteres ſingulis menſibus vſuras ſoluere, *ſicut latè explicat Alciat. lib. 3. Diſpunct. cap. 1. Anton. Auguſt. lib. 2. emendationum, c. 10. numer. 21. quod tamen Bartholom. Socinus vnus ex antiquioribus non ignorauit, vt videre licet ex Commentarijs eius, in d. §. item ſi Republic. Idem & poſteriores poſtea adnotarunt. Duarenus, Cuiacius, Goueanus, Budæus, Connanus, & alij, quibus & nos adſtipulari par eſt.* Quare ſic erit ratio ineunda, vt ſi quatuor annua Republic. relicta ſint, perinde ſit, ac ſi centum relicta eſſent: ſi octo, ac ſi ducenta, &

ta, & ſic deinceps ita ſupputando, vt ſemper quatuor reddant centum. Decem fac relicta annua, dicas legata videri CCL. Hæc eſt ſententia dicti §.

CAPVT XV.

Ad interpretationem l. in Quartam. ff. ad leg. Falcid. controuerſia diſcutiuntur.

MARTIANVS: [*In Quartam hereditatis, quam per leg. Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario, non quas iure legati vel fideicommiſſi, vel implendæ conditionis cauſſa accipit: nam hæ in Quartam non imputantur. Sed in fideicommiſſaria hereditate reſtituenda, ſiue legatum, ſiue fideicommiſſum datum ſit heredi, ſiue præcipere, vel deducere, vel retinere iuſſus eſt: in Quartam id imputatur. Pro ea verò parte, quam accipit à coherede extra Quartam, id eſt, quod à coherede accipitur; ſed etſi accepta pecunia hereditatem reſtituere rogatus ſit, id, quod accipit, in Quartam ei imputatur, vt Diuus Pius conſtituit. Sed & quod implendæ conditionis cauſſa fideicommiſſum heredi datur, in eadem cauſſa eſſe admittendum, ſciendum eſt. Si quid verò implendæ conditionis cauſſa heres accipiat à legatarijs, in Falcidiæ computationem non prodeſſe, & ideo ſi certum prædium legauerit defunctus, ſi quinquaginta legatarius heredi dederit: centum legati computationem fieri, & quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in Quartam ei computentur.*] Hactenus ille.

Hic ſunt quatuor potiſſimùm controuerſiæ; Prima, ſitne admittendum, quod vulgò aſſeritur diſcrimen inter Falcidiam ac Trebellianicam, vt nimirum in eam imputentur ea duntaxat, quæ iure hæreditario hæres accipit; in iſtam verò etiam ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi. Secunda, ſi admittendum ſit hoc diſcrimen, quænam ratio eius adferri queat. Tertia, vtrum verba illa; *Pro ea verò parte, quàm accipit à coherede, &cæt.*] referenda ſint ad Falcidiam, vel ad Trebellianicam, & ſi ad Trebellianicam referenda ſint, quænam ſit eius deciſionis ratio. Quarta ac poſtrema, an ea, quæ hæredi cauſſa conditionis implendæ dantur, imputari debeant in Trebellianicam, necne?

Vide præter antiquos & recentes interpretes Alciat. *lib. 6. Paradoxor. c. 4.* Iacobum Cuiacium, *lib. 8. Obſeruat. cap. 4.* Anton. Goueanum, *in commentarijs d. legis, & lib. 1. Animaduerſionum, cap. pen. Franciſcum Duaren. lib. 2. Anniuerſar. diſputat. c. 10. Angelum Matthæacium lib. 2. de via & ratione iuris, cap. 22.*

Quod ad primam difficultatem & controuerſiam attinet, Iacobus Cuiacius loco annotato, exiſtimauit nullum eſſe diſcrimen hac in re inter Falcidiam & Trebellianicam, eo argumento, quòd per omnia exæquata ſint legata fideicommiſſis, *l. 1. de leg. 1.* quod intelligendum eſt, etiam reſpectu legis Falcidiæ & Trebelliani ſeu Pegaſiani Senatuſconſulti: Et quia in Trebellianicam non imputentur ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi capiuntur, vt probat l. filium. C. famil. hercifcund. [*Et quod ait l. in Quartam,* (inquit) *ſed in fideicommiſſaria, &c. generalis ſententiæ prioris explicandæ cauſa ſubiectum opinor, vt in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione imputet heres in Quartam ea, quæ præcipere, retinere, deducere iuſſus eſt, tanquam ex hereditate ea capiat, & legatum ſiue fideicommiſſum ei datum pro ſua, ſcilicet parte; quoniam pro ea parte res legata iure hereditario capitur: pro ea verò parte, quam accipit à coherede, vt conſequenter lex ſubijcit extra Quartam, id eſt, quod à coherede accipitur, id, non imputatur in Quartam, quia iure legati capitur.*] Hactenus Cuiacius.

Cæterùm hæc ſententia: ſicut nec alijs, ita nec mihi placere poteſt. Etenim eam clarè refellunt verba textus: ait enim Martianus: [*In Quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario, non quas iure legati vel fideicommiſſi, &c. Sed in fideicommiſſaria hereditate reſtituenda, ſiue legatum, ſiue fideicommiſſum datum ſit heredi, &c. in Quartam id imputatur.*]

His verbis aperta conſtituitur differentia, quantum ad huiuſmodi imputationem, inter Falcidiam & Trebellianicā. Et quartæ Falcidianę, in quam non imputantur ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi hæres capit, ſtatim opponitur quarta Trebellianica, in quam ea imputantur.

Nam valet argumentum Cuiacij, legata & fideicommiſſa exæquata eſſe; quia non ſunt exæquata, quoad huiuſmodi imputationem,

tionem, ſed in alijs, iuxta *l. 2. C. commun. de leg. & fideicommiſſ.* Nec quidquam probat l. filium quem, C. famil. herciſcundæ. nullum verbum in ea lege, quod probet legata & fideicommiſſa in Trebellianicam non imputari.

Quod verò Cuiacius ſcribit illa verba, [*ſed in fideicommiſſaria, & cæt.*] adiecta fuiſſe generalis ſententiæ prioris explicandæ gratia, non videtur verum eſſe; nam poſita ſunt ad declarandam differentiam in hoc inter quartam legis Falcidiæ, & quartam Trebelliani ſiue Pegaſiani Senatuſconſulti, vt patet ex verbis ipſis, quæ ſatis clara ſunt. Denique, quod dicit hæredem fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione grauatum, imputare in quartam legatum, ſiue fideicommiſſum ei datum pro ſua parte, quoniam pro ea parte res legata iure hæreditario capitur; pro alia verò parte non, quæ à cohęrede capitur; quia iure legati capitur, iſtud inquam, nihil obſtat; quia ſatis eſt pro differentia conſtituenda inter quartam legis Falcidiæ, & quartam Trebelliani Senatuſconſulti, in quartam legis Falcidiæ indiſtinctè non imputari, quæ iure legati vel fideicommiſſi hæres accipit: at in quartam Senatuſconſulti imputari ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi hæres accipit, ſaltem pro parte ſua, licèt non pro parte cohæredis. Quæ verò ſit ratio, ad rem nunc non pertinet inquirere: néc tamen ea eſt vera ratio, quam affert Cuiacius, vt poſtea dicetur in tertię difficultatis ſeu controuerſiæ examine.

Quod attinet ad cauſam, ſeu rationem huius diſcriminis inter Falcidiam & Trebellianicam (quæ ſecunda erat controuerſia) dicam quid ſentiam. Nam quid alij dixerint, longum & otioſum eſſet recenſere in quæſtione nonnihil aliena à forenſi vſu. Hanc opinor cauſam eſſe: quia hæredi grauato vltra dodrantem legatis, verba legis fauent, nec voluntas teſtatoris aduerſatur. Declaro: Verba legis Falcidiæ ſtatuunt, vt apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat, *l. prima. ff. ad leg. Falcid.* ergo ſi quid hæres retinere præcipere poſſit, vel iure legati, aut fideicommiſſi accipere, id non imputabit in quartam hæreditatis; quia legatum, fideicommiſſum, & alia his ſimilia, ab hæreditate differunt, nec continentur hæreditatis appellatione. Quare, cùm debeat habere quartam partem hæreditatis, non hæc imputabit: quia hæc non ſunt pars hæreditatis, ſed ab hæreditate differunt. Non aduerſatur voluntas teſtatoris; quia is non mandauit alicui dari, reſtitui, quę hæredem iure legati vel fideicommiſſi, ſeu retentionis aut præceptionis habere voluit. At hæredi fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione grauato, vt maximè verba Senatuſconſulti non repugnent, aduerſatur tamen legis diſpoſitio, & teſtatoris voluntas; Voluntas teſtatoris, quia dum voluit hæreditatem ab eo alijs reſtitui, voluiſſe quoque cenſetur eum reſtituere ſuam legati vel fideicommiſſi partem, l. in fideicommiſſaria, §. *vltim. ff. ad Trebell.* vbi Vlpian. ita dicit: [*Si legatum ſit hæredi relictum, & rogatus ſit portionem hæreditatis reſtituere, id ſolum non debere eum reſtituere, quod à cohærede accepit. Cæterùm, quod à ſemetipſo ei relictum eſt, in fideicommiſſum cadit. & id D. Marcus decreuit.*]

Huius rei ratio eſt perſpicua. Nam legatum pro parte ipſius hęredis non valet; quia à ſeipſo ſibi ipſi legari non poteſt. Remanet ergo in hæreditate, ſed hæreditas eſt reſtituenda, ergo ad id reſtituendum eſt, quod in legato continetur. Quia ergo reſtituendū eſt, meritò in quartam imputari debet, dum retinetur ſiue accipitur ab hærede.

Legis diſpoſitio aduerſatur hæredi, quia lex non conſentit, vt legatum valeat, pro parte hæredis: Et ideo vult, vt in hæreditate maneat, & reſtituatur fideicommiſſario, aut ſi non reſtituatur, computetur ipſi hæredi in quartam, cùm ſit pars hæreditatis.

At cùm agitur de lege Falcidia, hæc ratio vim non habet: etſi enim legatum non valeat pro parte hæredis, illud tamen in hęreditate, nec alteri reſtituendum eſt. Et cùm in hæreditate remaneat, nulli obnoxium reſtitutioni, cedit lucro hæredis, nec imputatur in quartam, quæ aliàs ex hæreditate apud eum manere debet: Cum enim legatum ſit nullum pro parte ipſius hæredis, illud accedit hæreditati aduentitio

 quo-

quodam iure; ipſeque hæres illud conſequitur tam ex voluntate defuncti, quam ex legis diſpoſitione, *argumento l. quia filiabus, §. vlt. cum l. ſequenti, de legat.* 1.

Circa tertiam difficultatem omnis controuerſia eſt in eo poſita, quod ſuperioribus verbis textus dixit, in fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione legata & fideicommiſſa hæredi relicta in quartam imputari, & iam ſubdit pro ea parte, quam accipit à cohærede non imputari, quod videtur perinde, ac ſi diceretur legata non imputari; quia id, quod hæres accipit, à cohærede dicitur accipere iure legati. Deinde oritur in eo controuerſia, quod pro parte ipſius hæredis legatum vel fideicommiſſum imputandum eſſe videtur, non ſolùm in quartam Trebellianam, verumetiam in Falcidiam; quia illud habet hæres iure hæreditario, non autem iure legati, ſi quidem pro parte ipſius hæredis grauati non valet legatum, vt dictum eſt: quia nemo grauari poteſt, vt ſibi ipſi ſoluat ac præſtet legatum.

Ad tollendam igitur omnem difficultatem Duarenus cenſuit illa verba textus: [*Pro ea verò parte, &c.*] non eſſe referenda ad quartam hęredis fideicommiſſaria hęreditate grauati, ſed & quartam, quæ per legem Falcidiam deducitur, quaſi Martianus orationem conuertat ad eandem Falcidiæ legis quartam, dicens non imputari in eam id, quod à cohęrede accipitur. Sic enim ceſſabit omnis difficultas, vt patet.

Sed obſtant huic expoſitioni legis verba, ſic enim habent: [*Pro ea verò parte, quam accipit à cohærede: extra quartam, hoc eſt, quod à cohærede accipitur.*] Hic modus loquendi pertinet ad declarationem eius, quod proximè dictum fuit circa imputationem. Nã cùm proximè dixerit Iuriſconſultus, in Quartam imputari, quæ iure legati vel fideicommiſſi accipiuntur in fideicommiſſaria hæreditate reſtituenda, ſtatim ſubdit declarationem, ac moderationem, vt ſcilicet id non intelligatur pro ea parte, quam accipit à cohærede: quia illud, quod à cohærede accipitur, extra quartam eſt. Hæc ſanè declaratio & moderatio applicari non poteſt ijs, quæ dixerat primum de lege Falcid. quia dixerat Martianus imputari in eam quartam, ea duntaxat quæ iure hæreditario recipiuntur, non autem, quæ iure legati vel fideicommiſſi. Quæ ergo aut neceſſitas, aut occaſio erat ſubijciendi hanc moderationem, ſiue declarationem, vt pro ea parte, quæ à cohęrede accipitur, id non eſſet in quartam eiuſdem Falcidiæ imputandum? Nam quæ iure legati percipiuntur in quartam d. Falcidiæ legis non imputantur; Quod autem à cohærede accipitur, ſiue dubio iure legati, vel fideicommiſſi accipitur: Non ergo erat neceſſe id exprimere, & quidem in modum declarationis & limitationis, nempè, *pro ea verò parte, &c.*]

Puto igitur illa verba: [*Pro ea verò parte, &c.*] pertinere ad Trebellianicam, & referẽda eſſe ad id, quod proximè dictum erat, de quarta hæredis, qui reſtituere hæreditatem ſit grauatus, temperetúrque ijs verbis ſentẽtia ſup. dicta, vt nimirum in quartam, quam deducit hæres reſtituere grauatus, imputentur quidem ea, quæ iure legati, vel fideicommiſſi accipit hæres, nõ tamen pro parte cohæredis, ſed pro ſua duntaxat parte. Ex qua interpretatione nullum ſequitur abſurdum. Neque enim abſurdum eſt aliquid generaliter aſſerere, deinde exceptione addita illud reſtringere ac temperare. Quod verò dicebatur etiam in quarta Falcidiana idẽm ſtatuendũ eſſe, vt nimirũ pro parte cohæredis data non imputentur, pro parte verò ipſius hæredis grauati imputari debeant, quia id iure hæreditario percipitur, nullo modo cõcedendũ eſt: quia Martianus in eo cõſtituit differentiã inter quartam Falcid. leg. & Trebell. vt in eam abſolutè nõ imputentur legata vel fideicõmiſſa: in iſtam verò imputentur pro parte ipſius hæredis grauati. Nec obſtat, quod pro parte ipſius hæredis non videantur iure legati vel fideicommiſſi accipi, ſed iure hæreditario, quia legatum non valet. Nam etſi non valeat legatum pro parte ipſius hæredis, nõ tamen pars hæreditatis, vel hæreditas dici poteſt, aliud enim eſſe legatum, aliud hæreditatis portionem indicat, *l. Marcellus. §. quidam*

dam liberis. ff. ad Trebell. ibi: [*Quia non portionẽ hæreditariam teſtator commemorauit, ſed ſimpliciter portionẽ.*] Idẽ probat l. ſi Titius ex parte de leg. 3. & l. Titia, ff. ad leg. Falci. lex autem Falcidia hoc voluit, vt quarta pars hæreditatis apud hæredem maneat einſmodi legatum, vel fideicommiſſum cedit lucro ipſius hæredis, tanquam ei aduenieus ex voluntate teſtaroris, vt ſupra dictum eſt.

Et ratio huius rei hæc eſt: quia etſi legatum non valeat, non tamen ſicut in fideicommiſſaria hæreditate reſtituenda debet alicui reſtitui, ſed potius accreſcit hæredi ac proinde legatarijs ad legem Falcidiam prodeſſe non poteſt. Prodeſſet autem, ſi in Falcidiam imputaretur.

Reſtat poſtrema cõtrouerſia ac difficultas, illa vero hæc eſt: Dicit Martianus fideicõmiſſum hẹredi relictũ cauſa conditionis implendæ in quartã ex Trebelliano imputari. Cõtra Martiani eiuſdẽ pugnat reſponſum, *in l. in ratione, §. tametſi. ff. ad l. Falc.* vbi de Falcidia, quã pro Trebellianica ibi ſumit, ita ſcribit: [*Tametſi ante legis Falcidiæ rationem, quæ conditionis implendæ cauſa hæredi ſunt data, in quartam non computantur, &c.*]

Reſpondet Iacobus Cuiacius, illa verba *in l. in quartã*, [*Sed & quod implendæ conditionis cauſa, &c.*] Spuria eſſe, & non extare in Baſilicis, quod ego ſane, vt credam, facile adduci patior: Primum grauiſſimi Doctoris Cuiacij teſtimonio & autoritate. Deinde, quod nullum ſuppetat argumentum, quo duo illa Martiani loca conciliari poſſint. Nam quæ ſcribit Alciatus *lib. 6. Paradoxo. c. 4.* explicant quidẽ illa verba, ſed non conciliant, cum l. in ratione, §. tametſi. Tertio, quoniam poſt illa verba: [*Sed & quod implendæ conditionis cauſa, &c.*] Statim Martianus ſubdit, in d. l. in quartã: [*Si quid vero implendæ conditionis cauſa, &c.*] Quę ſane verba manifeſte indicant ſuperius nihil dictũ fuiſſe de eo, quod hæredi datur cauſa conditionis implendæ. Hanc poſtremam coniecturam habeo ex Huberto Giphanio, viro Clariſſimo & honorando Collega meo, cuius eruditionem ſingularem, & iudicium acerrimum ſemper magni æſtimare ſoleo. Sed hæc ſufficiant de his.

CAPVT XVI.

Prælegata an veniant in reſtitutionem fideicommiſſi.

Explodenda diſtinctio eſt antiquis probata Doctoribus, ſed recentioribus dãnata. Aut præceſſit prælegatũ, & ſubſecuta eſt hæredis inſtitutio: & fideicommiſſum, & tunc in reſtitutionem venit etiam prælegatum: aut præceſſit hæredis inſtitutio & fideicommiſſum, & poſtea prælegatum eſt & tunc nõ venit. Nam nec prudentum Reſponſa, quæ de his loquuntur ſpeciebus, ratione præcedentis vel ſubſequentis fideicommiſſi nituntur, & nullũ prorſus illa diſtinctio ſolidum fundamentum habet. Vis videre? Primum audi Vlpianum in l. Marcellus. §. Quidam liberis, ff. ad Trebellian. [*Imperator noſter,* inquit,*) reſcripſit præceptiones quoq; fideicõmiſſo contineri: quia non portionẽ hæreditariam teſtator commemoraſſet, ſed ſimpliciter portionem: in portionem autem & præceptiones videri cecidiſſe.*] Audi eundem in l. in fideicommiſſaria, §. vlt. ff. eod. tit. [*Si legatum ſit hæredi relictum* (inquit) *& rogatus ſit portionem hæreditatis reſtituere: id ſolum non debere eum reſtituere, quod à cohærede accepit: Cæterum quod à ſemetipſo ei relictum eſt, in fideicommiſſum cadit, & id D. Marcus reſcripſit.*] Vides ex his Vlpianũ diſtinguentem, vtrum quis portionẽ ſuam, an portionẽ hæreditatis rogat⁹ ſit reſtituete. Priore in caſu prælegata veniunt in reſtitutionem, poſteriore non item. Ratio eſt: quia hæreditatis appellatione neque legata: neq; fideicommiſſa continentur, *vt in l. ſi Titius ex parte de leg. 3.* Si tamen quis rogetur reſtituere quicquid ex hẹreditate ad eũ peruenerit, prælegata quoque reſtituer, *vt in l. cum virum, C. de fideicommiſſ.* Deniq; ex coniectura voluntatis quęſtio iſta pendet, *vt patet ex l. cum pater. §. fidei tuæ, de leg. 2. ex l. Titia, ff. ad leg. Falcid. & ex alijs legibus, ex quibus nullã inuenias, quæ antiquorũ diſtinctioni faueat, vt merito reiecta ſit à poſterioribus, vt dixi. Vide Dom. meum Cephalum in conſ. 259. li. 2. Dominũ meum Decianum in conſ. 41. num. 147. lib. 1. ante eos Decium, in conſ. 80. Socin. iun. in conſ. 107. lib. 3. &*

Vuu 3 *poſt*

poſt iſtos Manticam, de coniecturis vltimar. volun. lib. 7. tit. 7. nu. 1.

Sed controuerſia eſt in foro celebris ac frequens: Teſtator Titio & Caio prælegata dedit. Poſtea [*in omnib. alijs bonis.*] eos hæredes inſtituit: & ſi abſq; liberis deceſſerint, Sempronium eis per fideicōmiſſum ſubſtituit. Quæritur vtrum eueniente conditione, Sempronio reſtituenda ſit hæreditas vna cum prælegatis: & ſic vtrum in propoſita ſpecie ſubſtitutus Sempronius etiam prælegata petere poſſit? Et prælegata reſtituenda non eſſe, neq; fideicommiſſo contineri illis verbis ordinato, reſponderunt Iaſon *in conſ. 171. lib. 4.* Pariſius *in conſ. 79. nu. 21. lib. 2. Socin. iun. in conſ. 107. n. 45. lib. 3. & in conſ. 89. lib. 4. Alciat. in conſ. 480. nu. 16. Aemilianus in conſ. 39. & in conſ. 44.*

Fundamentum eſt, quia inſtitutio & ſubſtitutio refertur in hac ſpecie non ad omnia bona teſtatoris, ſed ad alia bona, quæ deductis legatis ſuperſunt. Sic enim teſtator poſt legata data dixit: [*in alijs autem bonis inſtituo & ſubſtituo, &c.*] Si in alijs bonis, Ergo non illis, quæ prælegata ſunt intelligitur facta eſſe inſtitutio & ſubſtitutio, & conſequenter, prælegata non videntur eſſe cōprehenſa, imo vero ex verbis teſtatoris excepta ex fideicommiſſo.

Sed contrarium reſponderunt Alexan. *in conſ. 25. lib. 1.* Natta *in conſ. 321. Alciatus ſibi contrarius, in conſ. 604. n. 5. & alij, quos refert & ſequitur Marzarius in Epitome de fideicommiſſis, q. 3. Iacob. Menoch. de præſump. lib. 4. in 2. parte, præſump. 194. n. 6.*

Fundamentum eſt primum in antiqua diſtinctione: ſi præceſſit prælegatū, & ſubſecutum eſt grauamen fideicommiſſi, tunc in fideicommiſſo prælegatum continetur. Deinde in eo, quod certum ſit, quoties hæres portionem ſuam reſtituere rogatus eſt, etiam prælegata reſtituenda, *vt in l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebel.* Ergo multo magis prælegata in reſtitutionem veniunt, cū hæredi ſimpliciter facta eſt ſubſtitutio. Illa.n. apta eſt comprehēdere etiam ſingularia prælegata, *l. ab eo, C. de fideicommiſſis.*

Ad argumentum vero ſumptum ex illis verbis teſtatoris: [*In omnibus autem alijs bonis, &c.*] Reſpondent nil obſtare: quia illa verba non illum habent ſenſum, quod in alijs duntaxat bonis inſtitutio facta ſit: immo in omnibus bonis inſtitutio facta eſſe intelligitur, cum onere tamen legatorum pręſtandorum. Et ſolent notarij ea verba in teſtamento apponere, ex quadam conſuetudine, non autem, quia ſignificent hæredis inſtitutionem ad vniuerſa bona trahendam non eſſe.

Ego ſane inprimis animaduerto, fundamentum huius ſententiæ poſterioris, valde infirmum eſſe. Nam diſtinctio illa ex ordine præcedentis, vel ſubſequentis fideicommiſſi, vt iā dictum eſt, nigros iam tulit calculos, & alterū argumentū non ſatis eſt ſolidum. Nam, vt maxime verum ſit verbum [*Subſtituo*] atq; adeo ſubſtitutionem in genere etiam ad legata adaptari, & ſic etiam legata particularia comprehendere poſſe. Siquidem etiā in particularibus legatis & fideicōmiſſis ſubſtitui poteſt, *l. vt hæredib. l. Titia Seia, §. Seia libertis, de leg. 2. l. ea, tit. ff. de donatio. cauſ. mortis.* non tamen ſequitur in hac ipſa ſpecie, de qua agitur, eam eſſe vim ſubſtitutionis vt etiam prælegata comprehendat. Nam aut intelligitur facta eſſe ſubſtitutio in hæreditate, & tunc prælegata pro parte alterius cohæredis non continebit, *vt in dicta l. in fideicommiſſaria, §. vltim. ff. ad Trebel. in l. ſi Titius pro parte, de leg. 3.* aut facta eſſe intelligitur in portione, & tunc continebit etiam prælegata, *l. Marcellus. §. quidam liberis, ff. ad Trebellianum.* Hoc igitur inquirēdum eſt in quæſtione iſta, an ſubſtitutio ſimpliciter & indefinite facta, intelligatur eſſe facta in hæreditate ſiue hæreditaria portione: an vero in portione ſimpliciter. Id eſt, vtrum hæredes videantur eſſe rogati Sempronio ſubſtituto reſtituere portionē hæreditatis, vel portionem ſimpliciter. Et ſane ego exiſtimo ſubſtitutionem obſcurā ex inſtitutione interpretandam eſſe, nō ex præcedentibus legatis: & ſic ſubſtitutionē videri factam in hæreditatis portione, non aūt in legatis. Cum ergo teſtator proponatur duos inſtituiſſe hæredes ex æquis portionibus, aut etiam in æquis, nil enim id refert, ac eis ſimpliciter ſubſtituiſſe per fideicommiſ-

commiſſum ego ſic interpretor ſubſtitutionem, vt ad portionem hæreditariam referatur: & ſic pro ea hæreditatis portione quiſque ſubſtitutum habeat, in qua inſtitutus eſt. Ac proinde in quæſtione, quam habemus in manibus, idem reſpondendum putarem, quod reſponderetur, ſi hæredes rogati eſſent ſuam quiſque hæreditatis portionem reſtituere. Quo caſu ex l. in fideicommiſſaria, §. vlt. ff. ad Trebel. diximus hæredem rogatum: [*Id ſolum non debere eum reſtituere, quod a cohærede accepit, cæterum quod à ſemetipſo ei relictum eſt in fideicõmiſſum cadere.*]

Huic ſententiæ adſtipulantur Pronunciata quædam Iuris vulgaria. Primũ, interpretationem illam ſumendam, ex qua hæres minus grauatus eſſe intelligatur. Secundum: Relationem ad proximiora faciendam. Item. Non loquitur de hoc ſubſtitutio tua. Fauet denique natura fideicommiſſariæ ſubſtitutionis, per quam plerunque hæreditas reſtitutioni fit obnoxia, non autem res ſingulares. Sunt enim ſeparati Tituli de fideicommiſſarijs hæreditatibus, & de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis. Sed eſto cuique liberum iudicium hac de re longe difficillima. Mea ſane hæc eſt opinio.

Capvt XVII.

In legatis & fideicommiſſis ad pias cauſas relictis, ſitne locus detractioni Quartæ ex lege Falcidia, vel ex Trebelliano Senatusconſulto?

Videtur communiter receptum in legatis ad pias cauſas legem Falcid. locum non habere, & idem multi de Trebelliano Senatuſconſulto reſponderunt, alijs tamen multis reluctantibus, *vt videre licet ex Antonio Gabrielio lib. 4. commun. concluſ. tit. ad Trebell. concl.* 11. Sed mihi legum tenorem ex ipſis autoribus contemplanti, non legem Falcidiam, nec Trebellianum Senatuſconſultum in legatis & fideicommiſſis ad pias cauſas relictis ceſſare videtur, niſi hæres in mora fuerit præſtandi legatum. Hæc ſententia fuit interpretum antiquorum, quos commemorat Accurſius *in l. ſi quis ad declinandam, in verbo,* [*Minui,*] *C. de Epiſcopis & clericis.* & nouiſſime eam amplexus eſt Iacob. Cuiacius *in expoſitione Nouellæ* 131.

Videamus leges ipſas: ex quibus pendet, & in hoc, & in alijs articulis ſententia noſtra. In primis ex antiquioribus occurrit l. prima, §. ad municipum, ff. ad legem Falcidiam. Paulus: [*Ad municipum quoque legata, vel etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet.*] Ex Iuſtiniano l. ſi quis ad declinandam, C. de Epiſcopis & Clericis. [*Si quis ad declinandam* (inquit) *legem Falcidiam, cum deſiderat totam ſuam ſubſtantiam pro redemptione captiuorum relinquere, eos ipſos captiuos ſcripſerit hæredes,* &c.] Sentit Imperator ad declinandam legem Falcidiam, hoc eſt, vt per legem Falcidiam nihil minuatur ſcribendos eſſe hæredes ipſos captiuos, ſiue pauperes, quia ſi alius hæres inſtitueretur cum onere reſtituendi per fideicommiſſum ipſis pauperibus, vel captiuis, quarta per legem Falcidiam, hoc eſt, per Trebellianum (ſæpe enim hæc confunduntur) detraheretur ab hærede grauato. Ex quo argumentum ſumi poteſt, & in huiuſmodi fideicommiſſis locum eſſe Falcidiæ legi, ſiue Trebelliano Senatuſconſulto, nam ſi locus non eſſet, nullo opus eſſet ad eam legem declinandam conſilio ac remedio, quod & Paulus Caſtrenſ. annotauit in Cõmentarijs eius loci. Nec quenquam moueant illa eiuſdem legis verba: [*Si enim propter hoc à ſpeciali hærede receſſum eſt, vt non Falcidiæ ratio inducatur, quomodo ferendum eſt hoc, quod in ſacro venerit, per Falcidiam vel aliam occaſionem minui?*] Non enim ſenſus eſt in huiuſcemodi relictis ceſſare legem Falcidiam: ſed talia minuenda non eſſe ab Epiſcopo vel Oeconomo, quaſi illis tanquam hæredibus quartæ detractio competat, vt patet ex præcedentibus verbis ibi: [*nullo penitus hoc ex lucro vel Oeconomo, vel Epiſcopo, vel ſacroſanctæ eccleſiæ relinquendo. Si enim,* &c.] quod ſane & inferius ſæpe repetitur, ibi: [*Si enim hæredum eis* (ſcilicet, Epiſcopo & Oeconomis) *& ius & nomen dedimus, ſine Falcidia tamen legis emolumento,* &c.] Et rurſus ibi: [*Pro tempore Oeconomus ſacroſanctæ Eccleſiæ, vel Epiſcopus hære-*

hæreditatem accipiat, & ſine Falcidia ra[illegible]*pauperibus, qui in ciuitate ſunt, vel penitus mendicantibus, vel ali*[illegible]*ſuſtentatione egentibus eadem pecuniæ diſtribuantur.*] Et deniq; ibi: [*Sin autem in perſonam certam venerabilemve certã domum reſpexerit, ei tantummodo hæreditatem vel legatum competere ſancimus, nulla Falcidia, nec in hac parte intercedente.*] Ex quibus verbis apparet, non hanc eſſe Imperatoris ſententiam, vt hæres in huiuſmodi legatis amittat Falcidiæ emolumentum, ſed vt Oeconomus, vel Epiſcopus, vel alij amittant, licet hæredes eſſe videantur. Et ratio eſt, quia hæredes vere & immediate ſunt ipſi captiui, vel pauperes: quos directe teſtator inſtituit eo conſilio, vt totam ſubſtantiam obtinerent abſq; vlla diminutione, ſeu Falcidiæ detractione, quã alioqui paſſi fuiſſent, ſi alio hęrede inſtituto hæreditas ei reſtituenda fuiſſet.

Denique audiamus Nouellas ipſas Conſtitutiones. vnus eſt locus, qui ad hanc rem pertinet in Nouel. 131. alias in Auth. de Eccleſiaſticis tit. §. ſi autẽ hæres, vbi Iuſtinianus ita ſcribit: [*Si autem hæres, quæ ad pias cauſas relicta ſunt, non impleuerit, dicens relictam ſibi ſubſtantiam non ſufficere ad iſta, præcipimus omni Falcidia vacante, quidquid inuenitur in tali ſubſtantia proficere pro iuſſione ſanctiſſimi locorum Epiſcopi ad cauſas, quibus relictum eſt.*]

Hic non dicit Iuſtinianus generaliter & abſolute ſe cõſtituere, vt in legatis ad pias cauſſas, vt vocant, lex Falcidia ceſſet. Sed cum ſuperius hæredi non adimplenti volũtatem teſtatoris in præſtandis huiuſmodi legatis, pœnã impoſuiſſet, idem argumentum tractãs, de eo loquitur hærede, qui negligit legata præſtare ad pias cauſas relicta eo colore ac prætextu, quod dicat, ad hæc præſtanda non ſufficere bona teſtatoris: & tunc Imperator ita ſtatuit, vt in pœnam ſuæ negligentiæ tota ſubſtantia defuncti cedat in ſolitudinem legati, nihil ex propriis bonis hærede ſoluẽte, ſed & nihil ex lege Falcidia detrahente. Cæterum ſi hæres nõ fuerit negligens in ſoluendo legato piis locis, quo minus ex lege Falcidia detrahere poſſit aliquid, vt quartam partem habeat nullo modo Iuſtinianus ſtatuit, quod ſane, vt aperte decerneretur, ęquum erat, ſi veteres leges corrigendi animus Iuſtiniano fuit, ſicut in alijs non abſque præfatione ſolitum eſſe Imperatorem obſeruare, non ignorant ij, qui Nouellas legibus antiquis derogantes perpendunt.

Cum itaq; legibus, nec Cõſtitutionibus aliter ſit cautum, quam noſtra pręmonſtret ſententia, vt Legum potius Autores, quam Commentatores ſequeremur, faciendum eſſe iudicauimus.

Huc vſque dictaueram, cum legi Cuiacium *ad librum quartũ ſententiarum Pauli, ti. 3.* diuerſa ſentientem ab ijs, quæ docet in expoſitione Nouellæ ſupradictæ 131. Verba Pauli hæc ſunt: [*Lex Falcidia itemq; & Senatusconſultum Pegaſianum, deducto omni ære alieno, Deorumque donis, quartam reſiduæ hæreditatis ad hæredẽ voluit pertinere.* Ad hæc Cuiacius: *Deduci prius oportet omne æs alienum, & Deorum dona: deinde Falcidianam, aut Pegaſianam quartam. Ex hoc loco in Notis ad Iuſtiniani Inſtitutiones teſtatus ſum malle me in l. prima, §. ad municipiũ, ff. ad leg. Falcid. ſic legere: Ad municipium quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet, nec muto ſententiam. Vt. n. Conſtitutio iuris ciuilis quæ inter coniuges donationem prohibet in Deorum donis non valet, l. ſi ſponſus, §. proinde. ff. de donat. inter vir. & vxor. ita Dei cultus poſtulat, vt nec in eis valeat lex Falcidia. idque nouiſſimis conſtitutionibus comprobatur.*]

Sed Cuiacio & Robertum oppono, & Fornerium, cuius elegãtiſſima verba: quin adſcribam, mihi temperare non poſſum. Etenim & ad rem iſtam illuſtrãdam, & noſtram ſententiam confirmandam & Cuiacium cõfutandum multum valent. Is libro ſecundo Selectio. *cap. 25.* ſcribit in hæc verba: [*Exhauſta legatis aut fideicommiſſis, vel mortis cauſſa donationibus hæreditate, auxilio Falcidiæ inſtitutus hæres quadrantẽ retinere poteſt, ne nullo adeundam hæreditatem præmio inuitatus teſtamẽtum deſerat, l. prima, ff. ad legem Falcid. §. primo, Inſtit. eod. Paul. lib. 3. tit. vlt. Sen. 1. Nec vllum fere legati genus à Quarta detractione immune eſt, cum in legatis Principi relictis lex Falcidia locum habeat, l. quarta, C. de lege Falcid. & in iis, quæ Deo relinquuntur. Sunt tamen, qui dona Deorum excipiant, vt ſolida ſine onere Falcidiæ præſtentur ab hærede, inuitataq; apud Paulum affirmatione in negatio-*

negationem, ſic legant, Ad municipum quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur lex Falcidia pertinet. Adducuntur alio Pauli loco, in quo eſt lex Falcidia, Itemquè ſic Pegaſianum, &c. Quam equidem emendationem probare nullo modo poſſum. Cur enim Pauli Sententiarum libros ab Alarico & Aniano interpolatos ſequemur, vt tot exemplarium fidem in Pandectis etiam Florentinis conſtantem eleuemus? Nec verò eorum, qui puſillo ei corpori næuos multos aſperſerunt, ſententiæ ſuffragatur religionis prætextus, cuius cauſa ſtrictam iuris rationem inſuper habemus l. 43. ſunt perſonæ, ff. de religioſ. & ſumpt. funer. Nego legatum Deo tolli, cùm ad modum legitimum reuocatum aliquot vncijs delibatur; nego legis Falcidiæ, quæ teſtatoris cæterorumquè ius tuetur, rationem eſſe ſtricti iuris, l. pen. C. de leg. Falcid. teſtamenta conſeruari è Repub. eſt, l. 4. ff. teſtament. quemad. aper. Itaque legis Falcidiæ æquitas Senatuſconſulti edictis, Conſtitutionibus Principum producta, & interpretatione dilata eſt. At lex quæ donationes inter coniuges inhibuit, vxorem viro in honorem & cultum Dei donare permittit, l. 5. §. proinde, ff. de donat. inter virum & vxor. Quid mirum, cùm id modò Senatus in ea lege ſancienda ſpectauerit, ne mutuo amore coniuges ſeſe bonis nudarent, & alter alterius ſpolijs locupletior euaderet? ſed quod in d. §. proinde, donatur, mox in Dei cultum confertur, nec donatarij rem auget. Itaque eadem lege permiſſum eſt vxori, vt viro in honorem donet dignitatis adipiſcendæ nomine, in proceſſum viri, & in cauſam laticlauij, l. 40. cum ll. ſeqq. ff. de donat. inter virum & vxorem. Alius eſt legis Falcidiæ ſcopus; quæ, quia fauore digna eſt, non facilè coarctari interpretatione ac reſtringi debet. Nec ad rem pertinet, legato libertatis heredis quadrantem minui, l. 8. §. quartam, ff. de inoffic. teſtament. quod eius immenſa æſtimatio ſit, vt nulla ratione dodrantis & quadrantis calculus ſubducatur, l. Libertas, de regul. iuris. Nec ſimilis prælegata ſeu relegatæ dotis cauſa eſt, l. Sed etſi vſusfructus, ad legem Falcid. Meritò enim extra legis Falcidiæ rationem eſt, cùm mulier nihil lucretur, cui non tam legari, quàm ſuum reddi videtur, l. cùm pater. §. Fidei tuæ, de leg. ſecundo. Quod in nouiſſimis Conſtitutionibus abrogatum quibuſdam hodie perſuaſum eſt; quo in errore verſati ſunt & Græci Baſilicon interpretes, quoſve Iuſtiniani mentem non aſſecutos Photius notat Nomoc. tit. 2. cap. 1. Nec enim Nouella 131. ſimpliciter Falcidiam à legatis impiam cauſam relictis excludit: ſed ita demùm, ſi dolum in his præſtandis adhibeat hæres, affirmetquè patrimonij vires non ſufficere, omni legis Falcidiæ beneficio priuatur.] Hactenus Fornerius.

CAPVT XVIII.

In fideicommiſſis & legatis verum appellatione filiorum veniant nepotes.

NOn puto me operæpretium facturum, ſi Doctorum autoritates, qui vel affirmantem, vel negantem ſententiam in hac quæſtione amplexi ſunt, attulero: quoniam ante me illas attulit Antonius Gabrielius *Commun. concluſ. lib. 6. tit. de verb. ſign. concluſ. 1.* & poſt eum Franciſcus Mantica *de coniecturis vltimar. volunt. lib. 8. tit. 8.* nec non Iacobus Menochius *in conſil. 215. lib. 3. & de Præſumpt. libro 4. præſumpt. 94. Zaſius pulchrè ad Germanicum idioma rem accommodans, in conſ. 7. lib. 1.* Quare quid ipſe ſentiam, paucis declarabo. Equidem ex autoribus noſtris duo nobis manifeſta ſunt; Vnum filiorum appellatione non contineri nepotes, ſi propriam vim ac naturam verbi ſpectemus. Alterum, ex iuſta quadam interpretatione contineri. Ex his quid in propoſita quæſtione reſpondendum ſit, facilè apparebit.

Prior propoſitio probatur ex l. quod ſi nepotes, ff. de teſtament. Tutela Vlpianus: [*Aliter*, inquit, *filij aliter nepotes appellantur.*] ex l. filium habeo, ff. ad Macedon. ex §. vlt. in Inſtit. Qui teſtam. tutor. dari poſſ. & declarat optimè Cuiacius in Commentarijs ad l. 2. ff. de excuſat. tut.

Altera verò propoſitio probatur ex l. iuſta, ff. de verb. ſign. ex d. l. filium habeo, ff. ad Macedon. ex l. Senatuſconſulto, ff. de ritu nupt. Non obſtat l. filij, & l. liberorum, ff. de verbor. ſign. quia quod ibi dicitur; [*Filij appellatione omnes filios contineri.*] intelligendum ex iuſta interpretatione, vt putà. [*Fundum cùm villico & contubernali eius, & filijs do, lego,*] Continentur enim nepotes; *l. vxorem. §. concubinæ, de leg. 3. & d. l. liberorum, verſ. Sed & Papyrius.* Iuſta eſt illa interpretatio, ne fiat du-

ra ſeparatio, *iuxta l. quæſitum. §. ſed an inſtrumentum, ff. de fundo inſtructo. & inſtr. leg.*

Hæc cùm ita ſe habeant, facilè apparet, quid reſpõdendum ſit ad propoſitam quæſtionem. Nam reſpondendum erit in legatis & fideicommiſſis, filiorum appellatione nepotes nequaquam contineri; quia aliter filij, aliter nepotes appellantur. ſed tamen ſi contrarium ſuaſerit voluntatis coniectura, vel ratio, vel æquitas, & aliæ circumſtantiæ, reſpondendum erit, ex iuſta illa interpretatione contineri. Exemplum eſt in d.l. vxorem. §. concubinæ. Alia exempla & coniecturas ex Menochiõ de Præſumptionibus, *loco annotato* petere poſſumus.

CAPVT XIX.

Hæres eius, qui bona reſtitutioni obnoxia alienauit, poſſetne ea vindicare.

EXiſtimo hæredem eius, qui bona fideicommiſſo ſubiecta alienauit, ea vindicare non poſſe, licèt ex fideicommiſſo vocatus ex perſona propria actionem intendere velit. Quam ſententiam amplexus eſt Pinell. *ad l. 1. in 3. part. num.* 82. *C. de bonis mater.* & Iacob. Menochius *in conſil.* 89. *lib.* 1. licèt contrarium multi docuerint, puta Paulus Caſtr. vel potius Saluſtius quidam inter Caſtrenſis conſilia, *in conſil.* 177. *lib.* 2. *cui & Abbas Panormitanus ſubſcribit. Natta in conſil.* 470. *Grammaticus deciſ.* 93. *& alij à Marzario citati in Epitome de fideicommiſſis, quæſt.* 46.

Hæc autem ſententia tam luculenter ex autoribus noſtris vera eſſe demonſtrari poteſt, vt mirum ſit viros doctos vllos repertos, qui contrarium docuerint.

Inprimis adfero text. in l. filiusfamil. §. cùm pater, de leg. 1. Marcianus: [*Cùm pater filio hærede inſtituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommiſiſſet, ne fundum alienaret, & vt in familia relinqueret; & filius decedens duos hæredes inſtituiſſet, tertium exhæredaſſet, eiuſquè fundum extraneo legaſſet. Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt verum eſſe non paruiſſe voluntati defuncti filium. Sed et ſi cùm duos exhæredaſſet, vnum hæredem inſtituiſſet, fundumque extraneo legaſſet, putat Marcellus poſſe exhæredatos petere fideicommiſſum.*] Hactenus ille.

Cur non etiam filios hæredes inſtitutos fideicõmiſſum petere poſſe Marcianus reſpondit? quia ij non poſſunt illud petere: Non enim hæres impugnare poteſt defuncti voluntatem & factum.

Secundò adfero text. in l. vnum ex familia, §. ſed ſi vno, de leg. 2. in illis verbis: [*Verùm is, qui hæres ſcriptus eſt, ratione doli exceptionis cæteris fideicommiſſum petentibus facere partem intelligitur.*]

Senſus eſt; fideicommiſſum peti non poſſe ab eo, qui hæres inſtitutus eſt, (erat autem fundus extraneo relictus, qui ex fideicommiſſo peti potuit, vt ex textu patet in ſuperioribus verbis) ſed tamen eum partem facere; atque adeo impedire, ne alij totum fundum conſequantur: quia pars hæredis inſtituti deduci debet.

Tertiò adfero l. 1. ff. de except. rei vendit. & traditæ. Vlpianus: [*Marcellus ſcribit, ſi alienum fundum vendideris, & tuum poſtea factum petas, hac de exceptione rectè repellendum: ſed et ſi dominus fundi hæres venditoris exiſtat, idem erit dicendum.*]

Obſtat ergo doli mali exceptio hæredi vindicare volenti rem ſuam ab eo venditam cuius eſt hæres. Idem reſcripſerunt Diocl. & Maximin. *in l. cùm à matre, C. de rei vendic. in l. venditrici, C. de reb. alien. non alienand.* Idem reſpondit Imperator Gordianus *in l. ſine poſſeſſio, C. de euicto. & text. in l. Polla, C. de his, quib. vt indign. Quibus & adſtipulatur Aureliani Reſcriptum, in l. ſi ab eo, C. de liber. cauſ.*

Poſtremò, adfero hoc argumentum; Is qui bona vendidit & alienauit, non poteſt eam alienationem reuocare: ergo nec hęres eius. Conſequens probatur ex l. ex qua perſona, de regul. iur. & ex §. 1. Authent. de iureiurando à moriente pręſtito. Antecedens autem; quia nemo poteſt proprium factum infringere ac impugnare, *l. ſi creditorib. C. de ſeruo pigno. dato manumiſſo, l. filius, C. de reuoc. his quæ in fraud. cred. l. cùm profitearis, C. de reuocand. donat.*

Sed videamus quantum argumenta contrariæ ſententiæ habeant momenti. Primum argumentum. Quilibet impugnare poteſt factum ſuum, & contra illud venire, quoties eſt nullum, *vt not. in l. poſt mortem, ff. de adopt. l. Quemadmodum, C. de agric. & cenſit.*

ergo

ergo multò magis illud impugnare poterit hæres, & ſucceſſor eius. Sed alienatio rei fideicommiſſo ſubiectæ eſt nulla, eueniente conditione, vel die fideicommiſſi, *l. pen. §. ſi autem ſub conditione, C. commun. de leg.* Ergo reuocari poterit ab hęrede eius, qui alienauit.

Reſpondeo, maiorem propoſitionem veram non eſſe abſolutè, ſed tunc veram eſſe, cùm actus eſt nullus iure publico, *prout loquitur l. quemadmodum, & loquuntur aliæ leges, quas adfert Gloſſ. in d. l. poſt mortem.* Alienatio verò, de qua agitur, nulla eſt iure priuato, quia videlicet is, cui fideicommiſſum debetur, rem poteſt vindicare, in irritum deducta alienatione: ſed cùm eſt hęres alienantis, non poteſt, *vt patet ex l. cùm à matre, C. de rei vind. & alijs legib. ſuprà allatis.*

Secundum argumentum: cùm defunctus voluit hæredem priuare iure ſibi debito, tunc poteſt hæres contra eius factum venire, *l. 2. C. de inoffic. donat.* Sed hic defunctus voluit hæredem priuare iure ſibi debito, nempè, fideicommiſſo. Ergo, &cæt. Reſpondeo, maiorem propoſitionem ita ſimpliciter prolatam veram non eſſe. Hoc tantum dicit d. l. 2. C. de inoffic. donat. filium poſſe inofficioſam patris donationem reuocare, vt legitimam ſibi debitam conſequatur, quod nihil ad rem noſtrã pertinet.

Tertium argumentum: quoties defunctus aliquid facit in fraudem hæredis, poteſt hæres eius factum impugnare, *l. 2. ff. ſi quid in fraudem patroni, l. 1. & 2. C. ſi in fraudem patroni à libertis alienatio facta ſit.* Reſpondeo, leges, quæ in argumento adferuntur, loqui, cùm alienatio facta eſt in fraudem legitimę patrono debitę, qua de re noſtra non eſt diſputatio. Agitur enim hic de re alienata contra voluntatem teſtatoris, qui fideicommiſit, quæ alienatio fieri nec debuit, nec potuit, ſed hæres alienantis eam impugnare non poteſt.

Quartum argumentum ſumitur ex eo, quòd hæres in propoſita ſpecie, ex ſua perſona petere fideicommiſſum poteſt, & rem vindicare, cui proinde impedimentum adferre non poteſt factum defuncti; l. vlt. C. de euictio. in illis verbis: [*Factum eius, cui ſucceſſit ex ſua perſona dominium vindicare non impedit.*] Reſpondeo, illam legem non loqui de hærede eius, qui rem vendidit, ſiue alienauit, ſed de hærede fideiuſſoris; qui videlicet, pro venditore promiſit de euictione. Cùm verſamur in hærede venditoris, ille vindicare non poteſt rem venditam, etiam ex ſua perſona, vtputa ſi res ſit ipſius hæredis propria, *l. cùm à matre, C. de re vind.* Ratio eſt; quia tanquam hæres tenetur præſtare factum defuncti, immò de euictione tenetur & ideò, quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, *l. vindicantem, C. de rei vindic.* Cæterùm, in hærede fideiuſſoris aliud eſt conſtitutum, & ratio eſt; quia ille non vendidit, ſed pro venditore ſe obligauit: Ergo emptor actionem habet euictionis nomine, ſi res vindicetur ab hærede fideiuſſoris aduerſus ipſum venditorem, qui pretium recepit, & principaliter tenetur, & aduerſus etiam fideiuſſorem, vt patet ex verbis d. l. vlt. ibi, [*Scilicet euictionis cauſa durante actione.*] Sed fideiuſſori conſultum erit actione mandati contra venditorem. Dices, quæ eſt ratio, cur hæres venditoris ex ſua perſona rem vindicare non poſſit; hæres autem fideiuſſoris poſſit? Reſpondeo, hanc adferri rationem poſſe; quia venditoris hęres inuenit pretium rei venditæ in hæreditate defuncti, aut conuerſum illud fuit in vtilitatem ipſius defuncti, quare iniquum videtur, vt ipſe hæres, qui rei venditæ pretium habet, aut certè ex eo ſentit vtilitatem, rem vindicet à defuncto alienatam. Fideiuſſoris autem hęres, non inuenit pretium rei in hæreditate, nec illud conuerſum eſt in vtilitatem eius, ſed venditor illud accepit, qui proinde ipſius hæredis indemnitati ſatisfacere poterit, quatenus euictionis actione ipſe hæres condemnabitur; quæ ratio prorſus in hærede venditoris ceſſat.

Quintum argument. hypothecaria actio non confunditur ex aditione hæreditatis, *l. debitor. ff ad Trebell.* ſed hæres habet actionem hypothecariam pro rebus per fideicommiſſum relictis, *l. 2. C. commun. de legat.* ergo illa non confunditur ex aditione hæreditatis, & conſequenter hæredi ſalua manet, & competit aduerſus poſſeſſores.

Xxx 2 Reſpon-

Reſpondeo, hypothecariam non confundi ex aditione hæreditatis, quoties illa competit hæredi in bonis ipſius defuncti, cui ſuccedit; & alijs hęreditatem reſtituere debet is. Nam tunc hæres retinere ſibi poteſt res obligatas, cùm reſtituit fideicommiſſum, *ita loquitur l. debitor, ff. ad Trebellian.* Hoc autem à ſpecie & quæſtione noſtra quàm longiſſimè abeſt.

Cæteris argumentis ſatisfacit optimè Menochius *in d. conſil. 89. lib. 1.* Nos hic conſultò ea prætermittemus; quia leuiſſima ſunt, & ex iuribus feudalibus deducta, quæ & diſſimilia ſunt, & vim non habent in rebus non feudalibus.

CAPVT XX.

An per diuiſionem cum Clauſula, de non faciendo aliquid contra eam, vel aliàs, cùm generalibus, & vt loquuntur, prægnantibus verbis, cenſeatur renunciatum fideicommiſſo.

SCæuola in l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verbor. obligat. in hæc verba reſpondit: [*Duo fratres hæreditatem ſuam inter ſe diuiſerunt, & ſibi cauerunt, nihil ſe contra eam diuiſionem facturos, & ſi contra quis feciſſet, pœnam alter alteri promiſit, poſt mortem alterius, qui superuixit, petijt ab hæredibus eius hæreditatem, quaſi ex cauſa fideicommiſſi ſibi à patre relicti debitam, & aduerſus eum pronunciatum eſt, quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet, quæſitum eſt, an pœna commiſſa eſſet, reſpondit pœnam ſecundùm ea, quæ proponerentur, commiſſam.*]

Ex hoc Reſponſo controuerſia oritur, an per diuiſionem cenſeatur renunciatum eſſe fideicommiſſo, ſi ea cautio ſit adiecta; nihil contra eam factum iri. Et rurſus alia oritur controuerſia, quid ſi verbis amplioribus concepta ſit eadem cautio, vtputà, promiſit alter alteri nihil amplius ſe petiturum, nihil contra diuiſionem facturum, ex quacunque cauſa, ex quocunque iure, quod cogitari poſſit. Et quidem quod ad priorem attinet, notæ ſunt omnibus Doctorum ſententiæ in Commentarijs dicti loci. Aliqui enim cenſuerunt benè iudicatum fuiſſe in ea ſpecie, de qua loquitur Scæuola; atque adeò, per diuiſionem eo modo factam, videri renunciatum fideicommiſſo. Aliqui verò malè iudicatum, & idcircò per illam diuiſionem fideicommiſſo renunciatum non videri. Ego quod ad reſponſum Scæuolæ attinet, magis probo ſententiam Iacobi Cuiacij *in Commentarijs eius loci*, & Franciſci Conani *lib. 6. Commentar. iuris Ciuilis, cap. 3. numer.* 8. Iſti docent in ſpecie Scæuolæ propoſita ſic accidiſſe, vt & de fideicommiſſo quoque tranſactum eſſet, & ideò quæſitum fuiſſe id duntaxat, vtrum pœna commiſſa eſſet; & reſpondit Scæuola commiſſam. Vt huic acquieſcam expoſitioni illud facit, quia nec propoſita hæc quæſtio fuit Scæuolæ, vtrum per diuiſionem ita factam videtur de fideicommiſſo quoque tranſactum eſſe, nec eam ille definit, ſed narrat aduerſus eum pronunciatum fuiſſe, qui fideicommiſſum petebat. Et ideò de pœna quæſitum. Itaque illa verba, [*quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet,*] poſſunt quidem dupliciter accipi; Primum, ſcilicet, quia per talem diuiſionem, [*de hoc quoque,* (nempè de fideicommiſſo) *tranſactum eſſet,*] ſed non eſt probabilis expoſitio; nuſquam enim cautum eſt, diuiſionem inter fratres ita ſimpliciter factam, hoc efficere, vt renunciatum eſſet fideicommiſſo, ac de eo tranſactum videatur, immò repugnat ratio, lex quoque, & non ita ieiunè tractandum id erat à Scæuola. Altero modo accipi poſſunt illa verba, nempè præter diuiſionem factam ea adhibita cautione, ac pœnali ſtipulatione, tranſactum quoque fuiſſe de fideicommiſſo. Et ideo quæſitum, an is, qui fideicommiſſum petijſſet, in pęnam incidiſſet. Videbatur pęnam non fuiſſe commiſſam, quia illa promiſſa fuit, ſi contra diuiſionem aliquid fieret. At petens hęreditatem ex fideicommiſſo, non facit contra diuiſionem, ſed contra tranſactionem factam de fideicommiſſo. Reſpōdit Scæuola commiſſam. Ratio eſt: quia tranſactio de fideicommiſſo facta fuit in ipſa diuiſione hæreditatis? atque adeò pars diuiſionis fuit, & ad diuiſionem pertinuit.

Quod attinet ad alteram controuerſiam, multi cenſuerunt, propter illa verba generalia renunciatum videri fideicommiſſo,

nec

nec amplius peti poſſe. Eorum anteſignanus Ioan. Andr. fuit *ad Speculat. titul. de teſtamentis, §. in primis, nu.* 27. Curt. iunior *in conſ.* 49. *num.* 2. qui alios citat: alij vero nec tunc renunciatum cenſeri fideicommiſſo reſpōderunt. *Ita Decius in conſil.* 495. *Ruinus in conſil.* 138. *lib.* 2. *& alij, quos commemorat Gabrielius, li.* 4. *commun. concluſ. tit. de fideicommiſſis, concluſ.* 1. *nu.* 21. *Marzarius in Epitome de fideicommiſſis, in* 3. *part. queſt.* 59. Omnis difficultas his duabus iuris propoſitionibus tollitur. Prior propoſitio: Generalis Clauſula tranſactioni adiecta, ſiue pactioni, & obligationi reſtringitur ac refertur ad eam cauſſam ſolam, de qua actum eſt, *l. ſi de certa. C. de tranſact. l. iubemus. C. ad Velleia. l. vlt. §. idem queſiit. ff. de condict. indeb. l.* 2. *C. de iudicijs.*

Altera propoſitio: Si adeo generalia ſint verba, vt citra manifeſtam calumniam reſtringi non poſſint, verba ipſis ſtandum eſt, *l. ſub pratextu ſpecierum, C. de tranſact.* Quapropter, temperare quiſq; ſibi à tam effuſo ſermone admonetur, ne in promptum incidat periculum, *l. vltim. C. de dotis promiſſ.*

Ex his, ni fallor, perſpicuum euadit, quid reſpondendum ſit in propoſita quæſtione. Ita enim reſpondendum erit, vt per diuiſionem renunciatum eſſe videatur fideicommiſſo, ſi cautio ac promiſſio diuiſioni adiecta tam generalibus verbis concepta ſit, vt reſtringi ſalua ratione recti ſermonis nequeat ad ſolam diuiſionem. Exemplum, ſi quis promittat ſe nil facturum contra diuiſionem, & nullam moturum controuerſiam, nihilq; petiturum ex quacunque cauſa, quocunque tempore: Tunc fideicommiſſi ſcientia ſuppoſita non dubitarem cū Ioanne Andreæ pronunciare, fideicommiſſo renunciatum videri: Si vero verba ſalua ratione recti ſermonis, ac citra calumniam reſtringi ad ſolam diuiſionem poſſint: tunc ad eam reſtringenda erunt: ſicut docet prior propoſitio.

Capvt XXI.

Vtrum matri, vel auia, cum relinquunt filio, vel nepoti legitimam portionem, vel etiam hereditatem, liceat eam conditionem, quantum ad legitimam adijcere, vt vſusfructus patri non acquiratur.

PRoponebatur ex facto in Auditorio Collegij huius Inclytæ facultatis Iuridicæ Ingolſtadienſis, Auiam teſtamēto inſtituiſſe nepotē ex filio in legitima portione, & alijs quibuſdam rebus, ea adiecta conditione, ne vſusfructus patri acquireretur, & reſponſum petebatur, an ea conditio recte etiam, quoad legitimā adiecta eſſet, ac proinde valeret. Aderant Clariſſimi viri, ac Conſultiſſimi, qui Reſponſa non niſi ſummo ſtudio, & ſumma grauitate conſulentibus communicare ſoliti ſunt, ac proinde re mature diſcuſſa, viſum fuit controuerſam eſſe hāc quæſtionem: Nam Accurſius *in Authen. Vt liceat matri, & auia in principio, verſ. Participium*, reſpondit eam conditionē adiectam, valere etiam quoad naturale debitū, hoc eſt, quoad legitimam, & Accurſium ſecuti fuere Angelus *ibi*, necnon Baldus, *ad l. filia, C. famil. hercíſ.* & alij, *quos refert, & ſequitur Fernand. Vaſquius de ſucceßionum creatione, in tractatu primæ partis, lib.* 1. §. 10. *num.* 234.

Cæterum, non valere talem prohibitionem, ac conditionem, quantum ad legitimam, docuerunt Bart. Caſtrenſ. & Corn. *in Authen. Excipitur. C. de bonis, quæ liberis.* Alios commemorat Vaſquius *loco proxime citato.*

Fuit ergo dictum, fundamenta vtriuſq; ſententiæ perpendenda eſſe. Fundamentū Accurſij in eo eſt poſitum, quod ea conditio nullum onus, nullum grauamen inferat legitimæ: ac proinde valere debeat, *argumento l. filiis matrem. C. de inoff. teſtamen.* ibi: [*Neq; eis nomine filiorum inofficioſi eo modo actionē poſſe competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, ſed potius putauerit prouidendum*, &c.]

Huc accedat text. in Auth. excipitur. C. de bonis, quæ libe. [*Excipitur, inquit, quod eis datur* (ſcilicet filijs) *ab aliquo parentū cōditione hac adiecta, ne ad patrem perueniat vſusfructus.*]

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ eſt in textu Authent. *Vt liceat matri, & auiæ*, vbi ita dicitur: [*Sancimus igitur licentiam eſſe matri, & auiæ, aliiſq; parentibus, poſtquam reliquerint filiis partem, quæ lege debetur, quod reliquum eſt, ſiue ſubſtantiæ ſiue in ſolidū voluerint, ſiue in partem filio, vel filia, nepoti, vel nepti, & deinceps deſcendentibus donare, aut etiam per vltimam relinquere volūtatem, ſub hac conditione ac definitione, ſi voluerint, vt pater, aut qui omnino eos habet in poteſtate in his rebus neq; vſumfructum, neq; quodlibet penitus habeant participium. Hoc enim & extraneis relinquere poterant, vnde nulla parentibus vtilitas naſceretur.*]

Ex his verbis Iuſtinianus indicat, prius relinquendam eſſe legitimam iure debitā, nulla adiecta conditione, ſed in eo, quod vltra legitimam relinquitur, eam conditionem adijci poſſe, vt pater nō habeat vſumfructū. Non licebit ergo eam adijcere conditionem in legitima portione debita.

Reſpondit Vaſquius, ſenſum Nouellæ hunc eſſe: [*Licere matri, & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta, reſiduum hæreditatis etiam extraneo dare: prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vſumfructum, id eſt generaliter licet, non ſolum in eo, quod eſt vltra legitimam, ſed etiam in ipſa legitima, quaſi dicat: extraneis concedere in præiudicium filij non licet, niſi id tantum: quod vltra legitimam eſt. In vtilitatem autem filij vetare, ne patri penitus quidquam etiam, quoad legitimam acquiratur, id matri teſtanti licitum eſt, vtpote, ipſi filio fructuoſum, vtile, conducibile.*] Sic fere Vaſquius.

His ita diſcuſſis, vnanimi omnium conſenſione, Bartoli & Sequacium ſententiam, ego & collegæ mei amplexi ſumus, vti probabiliorem ac iuri magis conſentaneā. Nam hæc eſt Iuſtiniani ſententia *in dicta Nouella.* vt quoniam id, quod vltra legitimam filio relinquitur vel donatur, extraneis etiam relinqui poterat, ita vt nullam inde pater vtilitatem acquireret: idcirco etiam relinqui poſſe, ac donari filio, vel nepoti, ea conditione adiecta, vt vſusfructus patri nō acquireretur. Cum enim hæc ratio locum non habeat in legitima filio debita, quandoquidem mater, & auia, tenetur eam filio, ac nepoti relinquere, non autem eis auferre, & extraneo dare, ſicut dari poteſt id, quod vltra legitimam eſt, recte infertur in ipſa legitima illam conditionem adijci non poſſe, vt nimirum eius vſumfructum pater non habeat.

Sic itaque ex ratione legis argumentum ſumitur ſatis perſpicuum. Sed ex verbis ipſis Iuſtiniani manifeſtum eſt, eam conditionem in legitima non eſſe adijciendam: quia, ſi & in legitima adijci poſſet, æquum erat id exprimere. Perperamque id Imperator reticuiſſet.

Nec quicquam Vaſquij reſponſio valet: quia repugnant verba textus. Fateor hoc velle Iuſtinianum, licere matri, & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta reſiduum hæreditatis etiam extraneo dare. Nego quæ Vaſquius ſubdit: [*Prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vſumfructum, id eſt generaliter licet, non ſolum in eo, quod eſt vltra legitimam: ſed etiam in ipſa legitima.*] Non enim ita loquitur Iuſtinianus: ſed ait: quod reliquum eſt vltra legitimam, relinqui & donari poſſe filijs, ac nepotibus, ea conditione adiecta, ne patri vſusfructus acquiratur: quia hæc etiam extraneis, [*Relinqui poterant, vnde nulla parentibus vtilitas naſceretur.*]

Quod vero dicitur, vt patri vſusfructus non acquiratur, etiam in legitima, id eſſe filio vtile, fructuoſum, & conducibile, & ideo licere matri, & auiæ eam conditionem adijcere, etiam in legitima, *argumento l. filius. C. de inoffic. teſtamen.* nihil obſtat: quia cum legitima filio debeatur, ita vt non ſit in poteſtate matris, vel auiæ non relinquere eam filio, non eis licet vllam legem, vllam conditionem adiicere, ſicut nec alicui licet de re aliena diſponere, etiam ſi in meliorem ſtatum commutare eam velit, *l. v't. ff. de vſu, & habita. l. 7. in fine, & l. 8. ff. de vſufruct.* Nec text. *in allegata l. filius matrem. C. de inoff. teſtamen.* loquitur in terminis legitimæ, cui aliqua adiiciatur conditio etiam in vtilitatem filij: ſed loquitur de generali inſtitutione filij facta ſub conditione emancipationis, & ait patri filiorum nomine inofficioſi actionem competere non poſſe,

quia

quia nullam eis iniuriam mater fecit, imo prouidendum putauit.

Et obſeruandum eſt, rationem illius legis hanc eſſe: quia eo tempore hæreditas matris delata filio acquirebatur patri, tam quoad proprietatem, quam quoad vſumfructum. Vt enim non acquiratur, quoad proprietatem, poſtea conſtitutum eſt in l. 1. C. de bon. matern. Quare ſub ea conditione relicta hæreditate, pater nullam cauſam conquerendi habuit. Nam aut filium emãcipauit, & tunc hæreditatem obtinere potuit filius, aut noluit emancipare, & tũc merito excluditur pater ab omni emolumento, nec filij nomine agere poteſt de inofficioſo, quia filius eſt inſtitutus ſub ea conditione, quæ illi erat vtiliſſima. Nec ex patre filij dici poteſt, eum debuiſſe ſine illa conditione hæredem inſtitui: quia ſi abſq; illa conditione hæres inſtitutus fuiſſet, pater omne emolumentum acquiſiuiſſet, de cuius moribus ita male mater ſuſpicabatur, vt vereretur, ne omnia prodigeret, ita vt filio poſt mortem patris nihil ſupereſſet.

Hodierno autẽ iure, quod bona materna filiis acquiruntur quoad dominium, vix putarem eam conditionem, quoad legitimam, admitti poſſe: Ratio eſt, quia grauamen continet. Nam etſi filius non emancipatur, ei tamen proprietas acquiritur, & non patri, *l. 1. C. de bon. matern.* Quare neceſſaria filio eſſet emancipatio ad acquirendã hæreditatem, cum tamen abſque emancipatione dominium ſaltem, ſiue proprietas filio acquiratur: Neq; enim negari poteſt, quin grauamen ſit, onuſque non leue, vt id, quod pure & ſimpliciter filio per legem acquiritur, tunc demum acquiratur, ſi pater eum emancipauerit.

Non obſtat ſentẽtiæ noſtræ tex. in Auth. Excipitur. C. de bonis quæ libe. quia deſumptus eſt ex Nouella ſupradicta. Vt liceat matri, & auiæ, quamobrem ei non eſt ſtandum, ſed Authentico, vnde ſumptus eſt. Ex prædictis autem conſtat Authenticum ipſum huic ſententiæ noſtræ magnopere adſtipulari.

Caput XXII.

Sit ne donatio cauſa mortis, cum quis ſanus exiſtens, & nullo mortis periculo exterritus poſt mortem ſuam donat?

Triplex eſt Doctorum ſententia hac de re. Vna donationem cauſa mortis non videri, ſed inter viuos. *Ita Oldradus in conſil. 139. Bal. ad l. 2. C. de iure dot. Gulielmus Benedictus ad c. Rainucius, in verb. Teſtamentum, 4. nu. 23. de teſtament.* Fundamentum eſt in legibus, quibus eſt conſtitutum, contractus inter viuos, ſiue obligationes conferri poſſe in tempus mortis, vt ſi quis poſt mortem ſuam promittat ſe daturum, *l. Nam ſi cum moriar, ff. de conditione indeb. §. poſt mortem, in Inſt. de inutilib. ſtipul. l. 1. C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæredes incipiant, l. ſcrupuloſam. C. de contrah. & committen. ſtipul.*

Altera eſt ſententia, donationem cauſa mortis videri, non autem inter viuos. *Ita Albericus ad d. l. nam ſi cum moriar, ff. de condict. indeb. Iaſon ad l. qua dotis, num. 43. ff. ſolu. matr. & in conſ. 6. lib. 3.*

Fundamentum eſt: quia donatio cauſa mortis eſt, cum quis rem mauult habere, quam eum cui donat: eum autem cui donat, quam hæredem ſuum, *l. 1. ff de dona. cauſ. mortis.* Sed ita eſt in ſpecie iſta; quia donans mauult rem habere: non enim donat, niſi poſt mortem ſuam. Mauult autem eum, cui donat, habere, quam hæredem ſuum, vt patet, quia ei donat. Adſtipulari videtur l. mortis cauſſa. ff. de manumiſſio. ibi: [*Quemadmodum cum rem ita tradiderit, vt moriente eo, fiat accipientis.*] Et in l. Seia. ff. de dote præ leg. ibi: [*Videri eum in eum caſum, qui morte mulieris extitit, mortis cauſa ſtipulatum.*] Et ibi Gloſſ. in verbo, [*in eum caſum.*]

Tertia eſt ſententia diſtinguens: Aut mortis tempus adiectum eſt ſubſtantiæ donationis, aut eius executioni, puta præſtationi ipſius rei donatæ. Priori caſu eſt donatio cauſa mortis: Poſteriori autem eſt donatio inter viuos, cuius executio poſt mortem confertur. *Ita poſt Dynum Alexander in conſil. 14. lib. 1. Socinus ſenior in conſil. 53. libr. 1.*

Boerius

Boerius deciſ. 353. num. 12. Couar. de teſtam. in 3. par. Rubr. nu. 25.

Hanc ſententiam ac diſtinctionem, & ipſe probo. Primum membrum eius probatur ex l. 2. ff. de donat. cauſ. mort. Vlpian. [*Iulianus lib. 17. Digeſtorum, tres eſſe ſpecies mortis cauſa donationum ait: Vnam, cum quis nullo præſentis periculi metu conterritus, ſed ſola cogitatione mortalitatis donat.*] Et hic eſt caſus quæſtionis noſtræ: nam ita verba textus intelligo, cum ſcilicet ſola cogitatione mortalitatis quis donat poſt mortem ſuam. Cum enim faciat mentionem mortis, videtur aliquo modo de ea cogitare, licet nullo tunc præſenti mortis periculo terreatur.

Poſterius autē diſtinctionis membrum probatur ex eo, quod verba præſtationi ſiue executioni adiecta non faciunt actum conditionalem eſſe, *l. ex his verbis. C. quando dies legati cedat.* Et ideo ſi quis ita dixerit: Titio centum dono præſtanda poſt mortem meam, erit donatio inter viuos, & tempus adiectum videbitur differendæ ſolutionis cauſa: ideoq; non erit donatio cauſa mortis, nec ſub conditione mortis facta.

Argumentum prioris ſententiæ non obſtat, quia & nos dicimus donationē obligationemq;, & contractum ab hæredibus, ac ſi poſt mortem incipere poſſe: ſed talem donationem mortis cauſa appellabimus, quidquid de cæteris obligationibus, & contractibus ſtatuatur.

Capvt XXIII.

Mortis cauſa, ſi quis donet, & promittat, ſe non reuocaturum eam donationem, an ſit mortis cauſa donatio?

Exiſtimo non eſſe donationem cauſa mortis, cum quis ita donat, vt nullo caſu donatio reuocetur, autoritate textus in l. vbi ita donatur. ff. de mortis cauſa donatio. Martianus: [*Vbi ita donatur mortis cauſa vt nullo caſu reuocetur cauſa donandi magis eſt, quam mortis cauſa donatio, & ideo perinde haberi debet, atque alia qualibet inter viuos donatio.*] Autores habeo Bartolum *in commentar. eius loci.* Angelum, *in conſ. 179. n. 6.* Clarum, *in §. donatio, q. 4.* Couar. *de teſtam. in 2. part. Rubr. n. 12. verſ. Prima concluſio.*

Alij donationem mortis cauſa eſſe reſponderunt, eam vero conditionem ſiue promiſſionem, de nō reuocando, accipiendam eſſe rebus ſic ſtantibus, videlicet, niſi donatorem pœnituerit, *argum. l. quod Seruius, ff. de condict. cauſ. data, l. quæro. §. inter locatorem. ff. locati, ita Baldus ad l. cum quis. ff. de condict. cauſa data, Decius in conſ. 305. nu. 4.*

Sed huic ſententiæ obloquitur Martianus, *l. vbi ita donatur. ff. de mortis cauſ. dona.* Nec ad rem pertinent leges allegatæ: Et contra rationem eſt ex pronunciatis quibuſdam generalibus expreſſas legum deciſiones euertere. Quid quæſo commune habet cum re noſtra generale illud Axioma: Quælibet promiſſio intelligenda eſt rebus ſic ſtantibus? cum poſſe pœnitere, & reuocare donationem, & non poſſe reuocare, ſint pugnantia?

Alij diſtinguunt, vtrum promiſſio non reuocandi adiecta ſit ſubſtantiæ donationis, an vero executionis: priore caſu inter viuos dicitur, poſteriore cauſa mortis: quia Clauſulæ executioni adiectæ non mutant ſpeciem, *vt in Clem. 1. de præbend. Decius d. conſ. 305. num.* Natta *in conſ. 104.* *Couar. loco proxime citato, n. 13. verſ. Tertia concluſio.* Non recte: neque enim ea diſtinctione indigemus, qui claram legis deciſionem habemus. Valeant generalia, & Brocardica. Adhæreamus ſingularibus deciſionibus. Nam ſecundum Ariſtotelem ſermones Generales ſunt faciliores, Particulares autem veriores.

Non obloquitur Martiano *in d. l. vbi ita donatur,* Iulianus *in l. ſi alienam. §. Marcellus. ff. eod. titu.* [*Poteſt,* inquit, *ſic quoque donari mortis cauſa, vt nullo caſu ſit eius repetitio:*] Quia verba ſequentia rem aperiunt. Subdit enim Iulianus: [*Id eſt, nec ſi conualuerit quidem donator.*] Et licet ſecundum aliam lecturam ſic dicatur: [*Et ideo nec ſi conualuerit quidem donator, reuocabitur,*] apparet tamen Iuriſconſultum non hoc velle, vt donatio cauſa mortis ita fieri poſſit, vt nunquam ab ſolo ereuocetur, ſed vt nullo caſu ſit rei donatæ repetitio, ſcilicet etiam ſi donator conua-

luerit

Iuerit. Vel dicendum eſt, ita donari quidem poſſe cauſa mortis, vt nullo caſu abſolutè reuocari poſſit: ſed talis donatio non erit mortis cauſa, verùm inter viuos, vt in d. l. vbi ita donatur, ſicuti explicat Accurſius *in d. §. Marcellus, in verſic. Nullo caſu*, vel dicas, [*nullo caſu*,] id eſt, ex ſuprà dictis in præcedentibus verbis.

Cæterùm, non dubito, quin verior ſit lectio prior, quæ habet, [*id eſt, ne ſi conualuerit quidem donator.*] Nam & huic lectioni concordat, l. Senatus, §. *ſic quoque. ff. eod. tit.* vbi Paulus: [*Sic quoque poteſt*, inquit, *donari mortis cauſa, vt nullo caſu ſit repetitio, id eſt, ne ſi conualuerit quidem donator.*]

CAPVT XXIV.

De donatione cauſſa mortis filijfamilias controuerſia, an requiratur patris conſenſus ad integrandam perſonam filij, vt loquuntur, ſiue pro ſolennitate actus: an verò propter patris præiudicium.

Filiusfamilias donare cauſſa mortis patre conſentiente poteſt, *l. tam is, §. 1. ff. de donat. cauſ. mortis, l. filiusfamil. ff. de donat.* Sed controuertitur primò, cur ſit neceſſarius patris conſenſus, an pro ſolennitate actus quaſi filiusfamil. non ſit idoneus, & vt loquuntur noſtri, integram ac ſufficentem perſonam non habeat ad donandum cauſſa mortis: an verò propter patris præiudicium. Secundò, vtrum ipſimet patri conſenſum accommodanti donare poſſit.

Quod attinet ad primum, conſenſum patris eſſe neceſſarium, propter eius præiudicium, reſponderunt Paulus Caſtrenſ. *ad l. Senium, num. 7. C. qui teſtament. facere poſſ.* Alexand. *ad l. 1. §. fuit quæſitum, num. 7. ff. ad Trebell.* & *ibid.* Ripa, *num.* 3.

Argumenta ſunt iſta: Filiusfamil. abſque conſenſu patris donare poteſt mortis cauſſa bona Caſtrenſis peculij, & quaſi Caſtrenſis, *l. filiusfamil. §. vltim. ff. de donat.* Non aliam ob cauſſam, niſi quia in ijs bonis nullum ius pater habet, ea enim bona pleno iure filio acquiruntur. Ergo in cæteris rebus, quæ patri acquiruntur, aliter conſtitutum eſt, quia patri fieret præiudicium: & ideo conſenſus, & voluntas eius requiritur.

Secundum argumentum eſt, quia non dicit lex autoritatem patris eſſe neceſſariam in huiuſmodi donatione, ſicut dicimus in contractibus pupilli neceſſariam eſſe tutoris autoritatem; ſed requirit tantùm patris conſenſum ſiue voluntatem, ac permiſſum, *vt in d. l. tam is. §. 1. ff. de donat. cauſ. mort. & in d. l. filiusfamil. §. vlt. ff. de donat.* Ideo non videtur pro ſolennitate requiri, ſed propter patris præiudicium.

Tertium argumentum. Si pro ſolennitate actus requiruntur patris conſenſus, iſtud eſſet, quia filiusfamil. non haberet integrum animi iudicium, ac ſufficiens ad donandum, ſicut pupillus non habet ad ſe obligandum. & ideo tutor adhiberi debet; ſed hoc eſt abſurdum dictu: quia filiusfamil. poteſt eſſe triginta, & quadraginta annorum, & prudens & rerum peritus; & ideo per ſe ſufficiens ad omnia gerenda; Ergo requiritur patris conſenſus ratione præiudicij ipſius patris, non ratione ſolennitatis.

Quartum argumentum eſt, quia ſic videmus, & in iudicijs. Nam ſine patris conſenſu filiusfamil. in iudicio eſſe non poteſt, *l. vltim. § neceſſitate. C. de bonis, quæ liberis*, & tamen requiritur huiuſmodi conſenſus ratione præiudicij patris, quod patet; quia ſi nullum vertatur patris præiudicium, vtputà, ſi agatur de rebus, quarum vſusfructus patri non acquiritur, filius in iudicio eſſe poteſt abſque patris conſenſu, *vt notat Bart. in d. §. neceſſitate, argum. c. vlt. de iudic. lib. 6.*

Cæterùm, contrariam ſententiam amplexi fuêre Bartol. Socin. *ad d. l. 1. §. fuit quæſitum. ff. ad Treb. & in conſ.* 112 *lib.* 1. Couuarr. *ad Rubr. de teſtam. in* 3. *part. num.* 6. & alij, *quos refert, & ſequitur Clarus, §. donat. q. 6. verſic. Habes ergo*; Iſti docent conſenſum patris requiri pro ſolennitate actus.

Fundamentum eſt; quia ſi ratione præiudicij conſenſus patris requireretur, & non ſolennitatis cauſa, dicendum eſſet, conſenſum non requiri in caſibus, in quibus pater

nullum ius habet in bonis filij, etiam extra bona caſtrenſia, vel quaſi; tunc enim non poſſet aliquod patris pręiudicium conſiderari, & allegari: Sed conſequens eſt falſum, quia lex generaliter dicit, filiumfamil. donare non poſſe mortis cauſa abſque patris conſenſu; & ſic generaliter comprehendit omnia bona prorſus, etiam quæ patri non acquiruntur (exceptis tamen Caſtrenſibus, vel quaſi) ergo & antecedens eſt falſum, quod ſcilicet, ratione præiudicij talis conſenſus requiratur.

Confirmatur hoc argumentum: quia ſi verbi gratia; filiusfamil. rem patris donaret, ſaltem in præiudicium ipſius filij valeret donatio rei alienæ, licèt non in præiudicium patris. Et tamen lex abſolutè dicit donare non poſſe filiumfamil.

Ego exiſtimo priorem ſententiam longè probabiliorem eſſe, licèt poſterior ſit magis communiter recepta. Et moueor duabus legibus, quę ſi rectè perpendantur, manifeſtè probant hanc ſententiam. Prima eſt l. filiusfamilias. ff. de donat. Altera, l. vltim. §. filijs. C. de bonis, quæ liberis: [*Filiusfamilias,* (inquit Vlpianus) *donare non poteſt, neque ſi liberam peculij adminiſtrationem habeat. Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij adminiſtratio vt perdat.* Et paulò infrà: *Item videamus,* inquit, *ſi quis filiofamilias liberam peculij adminiſtrationem conceſſerit, vt nominatim adijceret, ſic ſe ei concedere, vt donare quoque eum poſſit, locum habeat donatio, & non dubito donare quoque eum poſſe.*] Tandem ſubdit textus: [*Pari autem ratione qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis cauſa donare prohibebitur. Quamuis enim ex patris voluntate donare quoque mortis cauſſa poſſit, attamen cùm ceſſat voluntas, inhibebitur hac quoque donatio.*]

Ex hoc loco ſic argumentor: Filiusfamilias ea ratione prohibetur ſine patris conſenſu donare mortis cauſa, qua prohibetur inter viuos donare. Hoc probo ex §. pari autem ratione. Sed filiusfamilias donare prohibetur inter viuos propter præiudicium. Hoc probo ex verbis illis textus: [*Nec enim ad hoc ei conceditur libera peculij adminiſtratio, vt perdat.*] Id enim vergeret in præiudicium patris, vt patet, qui liberam filio peculij adminiſtrationem conceſſit. Ergo filiusfamilias prohibetur donare cauſa mortis, ne rem perdat in præiudicium ipſius patris, ad quem pertinet res donata, inſpecto tempore Vlpian. autoris dictæ legis.

Venio ad §. filijs, eius verba hęc ſunt: [*Filijs autē familiarum in ijs duntaxat caſibus, in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, donec parentes viuunt, ne de eiſdem rebus teſtari permittimus, neq; citra voluntatem eorum quorum in poteſtate ſunt, vlla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypotheca titulo dare, vel pignori adſignare. Meliꝰ enim eſt coarctare iuueniles calores, ne cupidini dediti triſtē exitum ſentiant, qui eos, poſt diſperſum expectat patrimoniū. Cùm enim, ſicut dictum eſt, parentes alere eos ſecundùm leges, & naturam compellātur, quare ad venditionem rerum ſuarum profilire deſiderant?*]

Ex hoc etiam loco ſic argumentor; Si pro ſolennitate patris conſenſus requireretur, quaſi filius integram perſonam non haberet ad donandum cauſſa mortis, non autem ratione præiudicij, tunc prohibitio locum ſibi vindicaret, etiam in ijs rebus, quarum vſusfructus patri non acquiritur; nulla enim ratio aſſignari poteſt, cur in ijs rebus, quarum vſusfructus patri acquiritur, filius non habeat integram perſonam; in alijs autem habeat. Sed prohibitio loquitur de ijs duntaxat rebus, quarum vſusfructus patri acquiritur. Ergo inde argumentum oritur, id eſſe conſtitutum propter patris præiudicium, vt filius ſine voluntate patris alienare non poſſit; conſequenter etiam nec mortis cauſa donare.

Confirmatur hæc ſententia; quia textus dicit, filium non habere poteſtatem alienandi ea bona, ne triſtem exitum ſentiat, qui poſt diſperſum patrimonium ſequitur. Et quia, cùm pater eum alere teneatur, non eſt permittendum, vt res alienentur. Ratio eſt: quia patri, qui alere tenetur, & ex rebus aduentitijs fructus percipere poteſt, ex quibus filium aliqua ex parte alat, præiudicium ex tali alienatione generatur.

Ex quo fundamentum corruit contrariæ ſententiæ; neque enim concedimus, filium mortis cauſſa donare non poſſe abſque conſenſu patris, res, in quibus nullum ius acqui-

acquiritur parenti. Sed quoniam id quoque controuerſum eſt, vt diligentius diſcutiatur, ſequens caput totum huic aſſignamus diſputationi.

CAPVT XXV.

Poſſitne filiusfamilias mortis cauſa abſque patris conſenſu res donare aduentitias, in quibus parens nullum habet vſumfructum.

HÆc eſt controuerſia, de qua diximus in fine præcedentis capitis; filius quædam bona aduentitia habere poteſt, in quibus patri vſusfructus non acquiratur, puta, ſi ea lege ſint ei relicta, vt nullum vſumfructum pater habeat, *vt in Authent. Vt liceat matri, & auiæ, in principio. Vnde ſumpta eſt Auth. Excipitur. C. de bonis, quæ liberis.* Eſt igitur controuerſia; Vtrum ea donare mortis cauſa poſſit filiusfamil. abſque patris conſenſu. Affirmant Paulus Caſtrenſis, & Iaſon *ad l. Senium C. qui teſtam. facere poſſunt. Idem Iaſon in l. pen. C. eodem tit.* Negant Alexand. *in d. l. pen.* & Couuarr. *ad Rubr. de teſtat. part. 3. num. 8.*

Fundamentum huius poſterioris ſententiæ illud eſt; quoniam conſenſus patris requiritur ad ſolennitatem donationis, cùm filius non habeat integram perſonam ad donandum abſque patris conſenſu. Deinde, quia is, qui teſtari non poteſt, nec donare cauſa mortis poteſt, *l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rationibus diſtrahend. l. diſcretis. C. qui teſtament. facere poſſunt.* Sed filiusfamilias teſtari non poteſt de bonis aduentitijs, etiamſi pater in eis vſumfructum non habeat, *l. penult. C. qui teſtament. facere poſſunt.* Ergo nec ea bona donare cauſa mortis poterit: Præſertim, quia ſi donare poſſet ea bona mortis cauſa, eluderetur legis prohibitio, per quam teſtari non poteſt; Sic enim filius teſtari prohibitus donaret cauſa mortis.

Adiungit his Couuarr. argumentum ex l. filiusfamil. §. vlt. ff. de donationib. vbi patet, filiumfam. donare bona Caſtrenſis peculij poſſe; quia de illis teſtari poteſt; Igitur ſi teſtari non poſſit, nec donare cauſa mortis poterit. Sed filiusfamilias teſtari non poteſt, vt dictum eſt, de huiuſmodi rebus, quarum vſusfructus patri non acquiritur, *d. l. penult. C. qui teſtament. facere poſſunt.* Ergo nec donare cauſa mortis poterit.

Sed primum argumentum locum habere non poteſt, ſi eam ſententiam amplectamur, quam defendimus in præcedenti capite. Poſterius autem argumentum nequaquam ſolidum videtur; quia non eſt vera illa propoſitio ita generaliter; Qui non poteſt teſtari, nec donare poteſt cauſa mortis; ſed vera eſt in eo caſu tantùm, quo quis teſtari non poteſt, quia ſit pupillus, vel mutus, aut ſurdus. Eadem enim ratio defectu perſonæ, quæ à teſtamenti factione prohibet, etiam à donandi facultate prohiberi videtur. Et pater filiumfamil. nec quidem patre conſentiente teſtamentum facere poſſe, cùm tamen donare cauſa mortis cum eiuſdem patris conſenſu poſſit, *vt in d. l. tam is, §. 1. de donat. cauſa mortis.*

Quod verò deducitur argumentum ex d. l. filiusfamil. §. vltim. ff. de donat. nullius eſt momenti; quia non ita loquitur ibi Iuriſconſultus, vt velit ex teſtandi voluntate pendere poteſtatem donandi; ſed argumentatur à maiori ad minus: [*Caeterùm, qui habent Caſtrenſe peculium,* inquit, *vel quaſi Caſtrenſe, in ea conditione ſunt, vt & donare mortis cauſa, & non mortis cauſa poſſint, cùm teſtamenti factionem habeant.*] Quare non licebit è contrario ſic argumentari: Non habet factionem teſtamenti; Ergo nec poteſtatem donandi cauſa mortis; quia à maiori ad minus argumentari, argumentum non valet ad negandum, ſed ad affirmandum duntaxat.

Ego igitur exiſtimo, contrariam ſententiam probabiliorem eſſe. Etſi enim lex generaliter prohibeat filijsfamil. donare cauſa mortis, abſque conſenſu patris, tamen iuſta interpretatione reſtringi debet, vt habeat locum in ijs duntaxat rebus, quarum vſusfructus parentibus acquiritur, non autem in alijs. Iuſta, inquam, mihi videtur hæc interpretatio; quia donatio inter viuos, & donatio cauſa mortis in hoc caſu à lege æquiparantur, vt ſcilicet vtraque ſit filio interdicta ſine patris voluntate, & conſenſu, & quidem pari ratione, *vt patet ex l. filiusfam. §. pari autem ratione. ff. de donat.* ſed noto iure, quo vſusfructus patri duntaxat

taxat acquiritur in bonis aduentitijs, ita conſtitutum eſt, vt in illis duntaxat caſibus, in quibus acquiritur vſusfructus patri, filijs ſit omnis bonorum alienatio prohibita abſque conſenſu patris, *vt patet ex d. l. vlt. §. filijs. C. de bonis, quæ liber.* Ergo in alijs, quorum vſusfructus patri non acquiritur prohibitio locum non habebit; atque adeò licebit filio etiam abſque patris conſenſu ea bona alienare.

Et licèt quoad teſtamenti factionem alia ſit interpretatio facienda, ex l. pen. C. qui teſtam. facere poſſunt, tamen id ita expreſſum, & declaratum eſt à Iuſtiniano in teſtamenti factione, non autem in donatione, vel alia alienatione. Et ſanè, ſi voluiſſet Imperator id etiam in donatione, & alia quapiam alienatione locum ſibi vindicare, æquum erat exprimere, ſicut in teſtamenti factione expreſſum eſt: ſic enim ait Imperator in d. l. pen. [*Nemo ex lege, quam nuper promulgauimus in rebus, quæ parentibus acquiri non poſſunt, exiſtimet aliquid eſſe innouandum & permiſſum fuiſſe filijsfamil. &cæt. teſtamento fallere, nullo etiam modo hoc eis permittimus, &c.*]

Lex autem à Iuſtiniano promulgata intelligitur, *l. vlt. §. filijs. C. de bonis, quæ liber.* vbi dicit Imperator: [*Filijs autem famil. in ijs duntaxat caſibus, in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, nec de eiſdem rebus teſtari permittimus.*]

Ex hac lege meritò quis exiſtimare poterat, filio interdictam à contrario ſenſu non eſſe teſtamenti factionem in ijs rebus, in quibus nullum ius patri acquiritur. Et ideo Iuſtinianus edidit illam l. penult. C. qui teſtament. facere poſſ. declarantem non ex hoc permiſſam de filijsfamil. teſtamenti factionem.

Quod ſi voluiſſet etiam quantum ad alienationes, & obligationes antiquas leges obtinere, præſertim verò quoad donationes, vt nimirum filijfamil. abſque patris conſenſu alienare, ac donare non poſſent etiam ea bona, in quibus parentes nullum ius habent, æquum, vt dixi, erat id exprimere, quod cùm expreſſum non fuerit, nobis ſanè licebit ita legem priorem interpretari, nempè, l. vlt. §. §. filijs, vt inde colligamus de ijs rebus, quæ parentum acquiſitionem prorſus effugiunt, licere filijsfamil. diſponere, vel alienando, vel donando, vel obligando abſque conſenſu parentum.

Confirmatur hæc interpretatio ex Nouella eiuſdem Iuſtiniani, *vt liceat matri, & auiæ,* illis verbis: [*Sancimus igitur licentiam eſſe matri, & auiæ, alijſquè parentibus, poſt quàm reliquerint filijs partem, quæ lege debetur, quod reliquum eſt ſuæ ſubſtantiæ, &c. filio vel filiæ, &c. donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, ſub hac definitione atque conditione, ſi voluerint, vt pater, &cæt. neque vſumfructum, neque aliquod penitus habeat participium.* Et paulò infrà: *Res autem ita relictas ſiue donatas poſitis ſub poteſtate perſonis, ſi quidem perfectæ ſint ætatis, licèt ſub poteſtate ſint, licentiam habeant, quò volunt modo, diſponere.*]

Reſpondet Alexand. verbum illud, [*diſponere,*] accipiendum non ex vltima voluntate, ſed inter viuos, hoc modo, vt filius diſponere poſſit non teſtando, non donando cauſa mortis, ſed inter viuos tantùm.

Rectè; quantum ad teſtamentum faciendum, & conuenienter, *l. pen. C. qui teſt. fac. poſſ.* ſed non rectè, quantum ad donationem cauſa mortis; quia de ea Imp. nihil dixit *in d. l. pen.* Et illa æquiparatur donationi inter viuos, quantum ad hoc; vt interdicta ſit filio abſque conſenſu patris, *l. filiusfamil. §. pari autem ratione, ff. de donat.* Igitur ſi concedit Alexand. filiumfamil. diſponere poſſe inter viuos abſque conſenſu patris, poterit etiam cauſa mortis donando pari ratione diſponere, vt dictum eſt.

Illud porrò argumentum, quo dicebatur eludi poſſe legem prohibentem filijsfamil. teſtamenti factionem, ſi permittatur eis donare cauſa mortis, nihil prorſus valet; quia aliud eſt teſtari, aliud eſt donare cauſa mortis, & eodem pacto li[illegible] teſtari perperam, conceſſum eſt [illegible] l. vt donare mortis cauſa poſſint [illegible] te permittente; quia ſic eluditur prohibitio [illegible] teſtamenti faciendi etiam patre [illegible]te. Quæ ſanè argumentatio, ſi[illegible] eſt, ita nihil faciendi videtur al[illegible] adfertur diſputatione [illegible] laborat.

CA[illegible]VT

Capvt XXVI.

Vtrum filiusfamil. donare poſsit ipſi patri conſentienti cauſa mortis bona aduentitia.

PEndet magna ex parte huius cõtrouerſiæ deciſio ex præcedentib. Nam ſi pro ſolennitate donationis patris cõſenſus requiretur, ſine dubio non liceret ei, ad propriam vtilitatem eum accommodare, *l.1.ff. de autor.tut.atq; ita reſponderunt Gloſſ.in d.l.1.in verſic.rem acquirat.ff.de autor.tutor. Socinus in l.1.§.fuit quaſitum.ff.ad Trebell. Couar. ad rubr. de Teſtam.in 3.parte,num.7. Clarus in §.donatio,q.46.verſ.Quæro etiam.*

Sed quoniam verior mihi videtur eorũ ſententia, qui cenſuerunt patris cõſenſum requiri propter prȩiudicium ipſius patris, vt ſupra in c.24.concluſum eſt, ſic etiã exiſtimo longe probabiliorem eorum ſententiam, qui reſponderunt, donationẽ factam à filio tam. ipſi parẽti valere. Neq; enim obſtare poteſt regula d. l. 1. ff. de autor.tutor. [*In rem ſuam autorem quempiam eſſe non poſſe.*] Cum hic patris autoritas non requiratur pro ſolennitate, ſed ratione præiudicij, quod patris oriretur ex donatione filij, propter vſumfructum ſcilicet quem pater habet in bonis filij; Conſequenter nil proponi poſſe videtur, cur donare nõ poſſit filius ipſi patri conſentienti: donare inquam, nõ vſumfructum, quem pater iam habet, ſed proprietatem quam nõ habet. Sic enim ratiocinari iuuat: Filius habet dominium & proprietatem rerũ, ergo poteſt de ea diſponere, ſiquidem vſumfructum patris attingat, requiritur eius conſenſus, *vt in l.vlt.§.filiu,C.de bon.quæ lib.* ne videlicet patri in eo vſufructu fiat præiudicium. Si ergo velit ipſi patri donare filius proprietatem cauſa mortis conſentienti & acceptanti, cur ea donatio non valebit? Nonne morte firmãtur donationes inter patrem & filium, *l.donationes quas parentes, C.de donat.inter virum & vxor.* Cur igitur & donatio mortis cauſa à filio facta non cõfirmabitur filij morte? Ita ſane reſponderunt Alex.Iaſ.Ripa, *ad l.1.§.fuit quæſitum.ff.ad Treb. Caſtr.in l.Senium, C.qui teſtam.facere poſſ.& in l.tam is,§.1.ff.de don.cauſ.mort.* quibus ſubſcribo.

Capvt XXVII.

An l.ſi pater puellæ, C.de inoffic.teſtament.ſit correct.ex l.quoniam in prioribus,eod.tit. quantum ad legitimam.

CVm legitima filiis debita nullum onus nullũ grauamen recipiat, *vt in l.quoniam in prioribus,C.de inoffi.teſta.* in controuerſiam venit, vtrum id, quod reſponſum eſt in l.ſi pater puellæ, C.eod.tit. nunc etiã obtinere debeat, an vero, quantũ ad legitimam filij, correctum eſſe videatur? Et Accurſius, Bartol. Bald. Caſtr. Iaſ. *in Commentariis d.l.ſi pater.* exiſtimant: quo ad legitimam locũ non habere. Idem docet Alex. *ad l. cum ex filio,ff. de vulg.& in conſ.43.circa fin.lib.2.*

Fundamẽtum eſt in verbis generalibus, l.quoniã in priorib. C. eo. tit. quibus omne grauamen reijcitur de legitima ibi, [*Ipſa cõditio, vel dilatio, vel alia diſpoſitio morã, vel quodcunq; onus introducens tollatur, &c.*] & in l. ſcimus.§.cũ autem, C.eod.ibi, [*Quia noſtra cõſtitutio, quæ antea compoſita eſt, omnem dilationẽ, omnemque moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pars pura, & mox reſtituatur, &c.*]

Sed contrariam ſententiam habuit Dec. *in conſ.456.col.3.* poſt Richardum Malumb. Fulgoſium, & alios, & nouiſſimus adductis aliorum autoritatibus, Simon Prætus, *de interpretatione vlt.volun.lib.3.Dubitatione 6.ſolutione 2.n.9.* iſti reſponderunt non eſſe correctam l.pater puellæ, nec alias ſimiles leges, quibus querela olim inofficioſi teſtamenti denegabatur: non eſſe, inquam, correctas etiam quantum ad legitimam.

Et iſtis ego plane aſſentior eo argumento, quo & ipſi vtuntur nempe quod l. quoniam in prioribus. non loquatur, niſi eo in caſu, quo olim querela de inofficioſo competebat, vt ſcilicet teſtamentum minime reſcindatur, ſed grauamen pro nullo habeatur, quare vbi olim de inofficioſo querela ceſſabat, ipſum grauamen valebit.

Verba legis hæc ſunt: [*Quoniam in prioribus ſanctionibus illud ſtatuimus, vt ſi quid minus legitima portione iis derelictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem mouere poterant, hoc repleatur, ne occaſione minoris quantitatis teſtamentum reſcindatur: hoc in præſenti addendum eſſe cenſemus: vt ſi conditionibus quibuſdam, vel dilationibus, aut aliqua diſpoſitione moram, vel modum, vel aliud grauamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta eſſe videatur, ipſa conditio, vel dilatio, vel alia diſpoſitio moram, vel quodcunque onus introducens tollatur. & ita res procedat, quaſi nihil eorum teſtamento additum eſſet.*]

Ex quibus verbis patet Imperatorē hoc voluiſſe, vt teſtamentum nō reſcinderetur, ſiue minus legitima portione filiis relictum eſſet à parente, ſiue quantum ſufficit pro legitima portione, ſed tamen adiecta conditione, vel mora. Priore enim caſu ſtatuit, vt quod ad legitimam deeſt, repleatur. Poſteriore autem, vt conditio, mora vnus nullius ſint momenti. Quare ſi nullum prorſus periculū eſſet reſciſſionis teſtamenti, nec Conſtitutio loquitur, nec ratio eius locum habere poteſt. Sed nullum periculum erat teſtamenti rumpendi in ea ſpecie, de qua fit mentio in d. l. ſi pater puellæ, vt patet ex ipſa lege: Ergo ad eum caſum, nec verba l. quoniam in prioribus, pertinere poſſunt: nec ratio illius locum habere poteſt.

CAPVT XXVIII.

Ad l. vlt. § vlt. de leg. 2. annotationes, quibus & quæ controuerſa ſunt, expediuntur.

CVm multa de fideicōmiſſis dixerimus, prætereunda nobis non videtur l. vlt. de leg. 2. ſed potius illuſtrāda aliquibus adnotationibus & interpretationibus, quibus & quæ ſunt inter Doct. controuerſa, expediētur. Verba text. hæc ſunt: [*Maritus vxorē ex aſſe heredem inſtituit, cuius poſt mortē codicillos aperire teſtator præcepit: prædiū hereditariū vxor in fructuoſum rationi ſuæ exiſtimans, vendidit, emptor quærit: an retractari hæc venditio poſſit poſt mortē mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommiſſum hereditas data deprehenderetur: an vero ſolum quantitas pretij ab herede vxoris fideicommiſſariis debeatur. Reſpondi propter [illegible] ignorantiam tam mulieris, quam emptoris heredem mulieris, vt fundus apud emptorem remaneat, fideicommiſſario pretium de re debere.*]

Primo notandum eſt, non eſſe locum huic deciſioni, cum is, qui alienauit rem reſtitutioni ſubiectam, vel hæres illius ſoluendo non eſt: tunc enim in ſubſidium res alienata vindicari poteſt, *argum. l. plane. 97. § qui rogatus, de leg. 1. ita la on ad Auth. res quæ num. 2. C. commun. de leg. Soc. iun. in conſ. 137. n. 5. lib. 1.*

Secundo notandum, illud Reſponſum locum habere in fideicommiſſo vniuerſali ſcilicet de reſtituenda hæreditate: ſecus in particulari, *ita Alexand. poſt Imolam in l. Marcellus, § res quæ, num. 4. ff. ad Trebell.* Sic enim textus ille loquitur: Sed cum ratio legis poſita ſit in iuſta ignorantia tam hæredis, quam emptoris, dicendū eſt, etiam in particulari fideicommiſſo idem iuris videri, ſi eadem ignorantiæ ratio ſubſit. Ita docet Paulus Caſtr. *ad l. vlt. § ſed quia noſtra, num. 4. C. commun. de leg.* cui & ipſe conſentio.

Tertio notandum, textum, quem in manibus habemus, haudquaquam locum ſibi vindicare poſſe, vbi res reſtitutioni ſubiecta eſt pure, vel ad diem certum: tunc enim alienatio facta non valet, *vt in l. vltim. § ſed quia noſtra, C. commun. de leg. & fid. nom.* & [illegible] in fideicommiſſo duntaxat conditionali, de quo loquitur, accipiendus erit, *ita Paulus Caſtrenſ. in d. § ſed quia noſtra, nume. 4. Alexander in d. l. Marcellus. § res quæ, poſt numer. 4. ff. ad Trebell.*

Quarto notandum, textū hunc non procedere, cū res reſtitutioni ſubiecta expreſſe alienari prohibita eſt, tunc enim alienatio facta non valet, *ſecundum Gloſſ. communiter receptam in l. cum pater. § Libertis, de leg. 2. ita Alexand. in d. l. Marcellus. § res quæ num. 4. Rip. ad l. filiusfam. § Diui, n. 2. de leg. 1. Rota Romana nouiſſime in prima parte deciſionum nouiſſimarum, deciſ. 21. & 22.*

Quinto non procedit tex. [illegible] ti titulo lucratiuo facta [illegible] nun io Iuriſconſul. [illegible] de venditione facta.

ita

Ita Cuman. in l. quidam ita, §. ſi quis cum filium. ff. ad Trebell. cuius meminit Alexand. in d. §. res quæ, num. 6.

Sed non placet hæc ſententia, cui repugnat text. in d. §. ſi quis cum filium: ibi enim pretium ſerui manumiſſi debetur, etſi filius ignoraſſet. Codicillos à patre factos, ne factum eius alteri damnum afferat: & tamen manumiſſio facta fuit ſine pretio: & ſic ex cauſſa lucratiua poteſt dici facta alienatio, & nihilominus actio competit ad pretium. Denique etiam hoc in caſu ratio ignorantiæ tam hæredis, quam ei, cui donatur, locum habet.

Sexto, non procedit text. noſter, niſi quádo hæres, qui fideicommiſſo grauatus fuit, ignorátiam ipſius fideicommiſſo iuſtam & probabilé habuit facto teſtatoris, qui prohibuit Codicillos aperiri: ſecus ſi aliam ob cauſam ignorauerit, ita Cuman. in hunc locum adducta Baldi autoritate *in Authent. res quæ, C. commun. de leg.* ſed vt recte monet Alexan. *in d. l. Marcellus. §. res quæ, num. 4. ff. ad Trebell.* nec Baldus id dixit, nec vera eſt interpretatio iſta, quia lex non eſt impoſita verbis, ſed rebus, *l. 2. C. commun. de leg.* Quare licet textus hic loquatur in ea ſpecie, qua ignorantia hæredis circa fideicõmiſſum ex facto teſtatoris prouenit, nihil tamen proponitur, cur non idem ſit iuris, quoties iuſta & probabilis eſt ignorantia, licet ex alterius facto, quam teſtatoris proueniat.

Capvt XXIX.

De actione fideicommiſſario competente contra tertios poſſeſſores.

Didici Placentiæ in excelſo Iuſtitiæ Conſilio arduam illam controuerſiá de actione fideicommiſſario competente, aduerſus tertios rerum reſtitutioni ſubiectarum poſſeſſores, facile componi poſſe diſtinctione hac adhibita. Aut enim alienatio facta eſt ab hærede onus fideicõmiſſi ignorante, in eum qui ſimiliter ignorauit, & nulla competit actio aduerſus poſſeſſorem, ſed ad pretium hæres, qui alienauit, conueniri poteſt, *l. vlt. §. vlt. de leg. 2. de qua in cap. præced. dictum eſt.* Aut alienatio eſt facta ab hærede ſciente, vel in eum, qui ſciebat onus fideicommiſſi, atq; adeo rem reſtitutioni ſubiectam, & tunc rei vindicatio competit fideicommiſſario, vt docet text. in l. vlt. §. ſin autem ſub cõditione, C. commu. de leg. illis verbis: [*Sed in his omnibus caſibus legatario quidem, vel fideicommiſſario omnis licentia pateat rem vindicare, & ſibi aſſignare, nullo obſtaculo ei à detentatoribus opponendo.*]

Ita reſponderunt Baldus *in conſil. 4. lib. 4.* Paulus Caſtrenſ. *in conſ. 94. in vltimo dubio, li. 2.* Aretinus *in conſil. 97. circa finem.* Crauetta *in conſil. 61. nu. 6.* Angelus *in conſil. 263.* Natta *in conſil. 400.*

Qui hanc ſentétiam probant fortiſſimo hoc argumento. Tres actiones dantur pro rebus fideicommiſſo ſubiectis. Actio perſonalis ex teſtamento, hypothecaria, & rei vindicatio. Perſonalis hoc in caſu competere non poteſt: illa enim contra hæredem competit, qui ex aditione hæreditatis videtur quaſi contrahere cum legatarijs, & fideicommiſſarijs, *§. hæres, in Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex contractu,* non autem contra ſingularem ſucceſſorem, *leg. 1. §. ſi hæres. ff. ad Trebell.* Hypothecaria competere non poteſt: quia illa non datur ad res fideicõmiſſo ſubiectas, ſed ad alias res defuncti, l. 1. C. commun. de leg. ibi, [*Et inſuper vtilem Seruianam, id eſt, hypothecariam ſuper his, quæ fuerunt derelicta in res mortui præſtare.*] Ergo neceſſe eſt, vt rei vindicatio detur. Neq; enim fideicommiſſaria hæreditatis petitio competere poteſt: quoniam illa datur ad inſtar petitionis hæreditatis, *l. 1. & 2. ff. de fideicommiſſ. hæred. pet.* Petitio autem hæreditatis non datur contra titulo poſſidentem, *l. regulariter, ff. de pet. hæred. & fuſe diſſerui in prima parte Controuerſiarum, lib. 1. cap. 4.*

Ex hoc infertur, agenti in hoc caſu onus incumbere probandi, non ſimpliciter bona in bonis fuiſſe defuncti teſtatoris, vt Doctores loquuntur: ſed in dominio fuiſſe teſtatoris. Nam is, qui cõuenitur, habet titulum & poſſeſſionem: quare ſi actor probet duntaxat poſſeſſionem defuncti, & ſimul cauſſam, quam habet ex fideicõmiſſo, abſoluetur reus. In pari enim cauſa melior eſt con-

eſt conditio poſſidentis, ſecundum iuris Regulam.

Dices, is qui emit, ſiue cauſam habet ab hærede grauato, referre nõ poteſt quæſtionem dominij, *ex notatis per Gloſſ. in l. cum res. C. de probationib.* Ergo non erit neceſſe dominium probare defuncti teſtatoris: quia id poſſeſſor negare non poterit. Reſpondeo, cum agitur actione in rem, eum qui ab aliquo cauſam habet, referre ei poſſe quæſtionem dominij: atque adeo negare eum dominum fuiſſe, *vt declarat poſt Gloſſ. Bartol. ad l. ita vt ſi ſur, ff. commod. Alexand. in conſil. 92. numero 1. libr. 1. Crauet. in conſil. 157. numero 5. Neguzantius de pignorib. 3. memb. 2. partis, num. 64.*

CAPUT XXX.

Ad l. 1. de leg. 1.

AIt Vlpianus: [*Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis.*] Sed controuertitur quomodo verum ſit, Vlpiani tẽpore legata exæquata fuiſſe fideicommiſſis, cum in multis differrent. Ecce legatæ rei dominiũ recta via tranſit in legatarium: *l. à Titio. ff. de furt.* Rei autem per fideicommiſſum relictę non æque: *l. qui vſumfructum, ff. ſi vſusfruct. pet.* Pro legatis actio in perſonam ordinaria competebat, *§. hæres, in Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contr.* Sed fideicommiſſa extra ordinẽ officio iudicis implorato petebantur, *l. pecunia, ff. de verb. ſignif.* Legata non aliter valebant, quam ſi teſtamento relicta eſſent, vel Codicillis teſtamento cõfirmatis: fideicõmiſſa vero etiam in Codicillis teſtamento nõ confirmatis relinquebantur, *vt late alias differentias explicans docet Caius libr. 2. Inſtit. tit. 7. & Accurſius ad d. l. 1. de leg. 1.* Huc accedat, quod Iuſtinianus ſe exæquaſſe ipſa legata & fideicommiſſa profitetur, vt in §. ſed non vſque in Inſtitut. de legat. ibi, [*Neceſſarium duximus, omnia legata fideicommiſſis exæquare.*] C. commun. de legat.

Accurſius tres adfert ſolutiones. Prima cõſideranda eſſe tria tempora. Primum eſt vetuſtiſſimum, duodecim tabularum, & eo tempore erant aliquæ differentiæ inter legata & fideicommiſſa. Secundum eſt Vlpiani tempus, quod mediæ Iuriſprudentiæ appellat, & tunc exæquatio legatorum, & fideicommiſſorum facta eſt. Tertium eſt tempus Iuſtiniani, qui ſententiam Vlpiani approbauit, & legata & fideicommiſſa exæquauit.

Secunda eſt ſolutio: Vlpianum forte in ea ſententia fuiſſe, quod legata exæquata eſſent fideicommiſſis, ſed alios Iuriſcõſultos contrariam opinionem habuiſſe.

Tertia eſt ſolutio, aliquid detractũ fuiſſe ex Vlpiani verbis à compilatoribus Pandectarum, quod propterea hanc nouitatem inducit.

Priorem ſolutionem Bartol. & alij communiter ſecuti ſunt in d. l. 1. Secundam vero fere omnes reiiciunt. Tertiam Alciatus probat, exiſtimabatq; eam Vlpiani legem à Triboniano, & alijs emendatam fuiſſe, & addita illa verba: Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis, vt legi Iuſtinianæ conformis eſſet. Quam ob cauſam Gregor. Haloander in editione Norica inſcriptionem, *quam habet d. l. 1. nempe Vlpianus libro 67.* ad Edictum non appoſuit. Id quod teſtatur ac probat Eguinarius Baro *in Commentariis Inſtit. titul. de legatis.* dicitque in exemplari Biturigum, inſcriptionem d. l. 1. ita corruptam eſſe, vt loco Vlpiani ſubſtitutus fuerit Imperator. Quod riſu excepit Iacobus Cuiacius lib. 8. Obſeruat. cap. 4. Quemadmodum & Haloandri ſententiam reprobat Anton. Auguſtinus *lib. 3. Emendationum c. 9. paulo ante num.* 10. eam ob cauſam, quod in Pandectis Florentinis extet inſcriptio vulgata. Vlpianus lib. 67. ad Edictum. Suſpicatur tamen Auguſtinus idem, quod Accurſius, dum ait: [*Arbitror tamen eius ſententiæ exceptiones, quas fortaſſe Vlpianus adſcripſerat Tribonianum diſcutere noluiſſe, ne contra Iuſtiniani conſtitutiones faceret.*]

Eandem ſententiam fere habuit Duarenus *lib. 2. Anniuerſar. Diſputatio. cap. 9.* putat enim, aliquid à Compilatoribus detractum eſſe ex Vlpiani lege, laudat exemplar, quod inſcriptionem habet Imperator[illegible] Vlpiani loco: probat & Haloandri [illegible] ſcriptionem Vlpiani adimentis a[illegible]o Floren-

Florentino poſthabito. Eidemque ſententiæ adſtipulatur Viglius *in Commentarijs Inſtit. ad tit. de legatis, §. legatarijs.*

Ioannes Coraſius *lib. 5. Miſcellaneorum, c. 17.* putat ab Vlpiano exequata eſſe legata fideicommiſſis, licèt Iuſtinianus ſe exequaſſe dicat, quò ei ſolenne ſit multa à veteribus Iuriſconſultis ordinata, & conſtituta ſibi adſcribere. Ego ſanè hanc ſententiam & ipſe probo, totam hanc rem Triboniano, & cæteris compilatoribus attribuendam, qui veterum Iuriſconſultorum Reſponſa non rarò immutant, vel Iuſtiniani legibus appareant eſſe conformia. Nec aliud probabilius magis adferri poteſt, niſi quis Ferdinando Vaſquio aſſentiri malit, *lib. 2. de ſucceſſionum creatione, §. 17. numer. 119. verſic. nona concluſio,* exiſtimanti legata exequata eſſe fideicommiſſis, ſed non contra fideicommiſſa legatis, vt videlicet quicquid iuris fideicommiſſis indultum eſt, id & ad legata producendum ſit, ſed non è contrariò: qua tamen in re ſubſiſto.

4\. Iacobus Cuiacius lib. 8. Obſeruat. cap. [*Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis, inquit, in quarta deductione, & exæquata ſunt S.C. Pegaſiano, Ideoque interdictum quorum legatorum, dabitur etiam hodie fideicommiſſorum nomine propter Falcidiæ retentionem, de qua cum Vlpiano eodem libro tractaſſe conſtet ex l. 1. ff. quor. legat. inde liquidò apparet, eam l. 1. de leg. 1. pertinere ad Tractatum de leg. Falcidia.*] Hactenus Cuiacius, cui non aſſentior.

Caput XXXI.

Pro legatis conſequendis, ſit ne executiuè procedendum, an ordinariè.

ERANT, qui putant, pro legatis conſequendis proceſſum executiuum (ſic enim pragmatici loquuntur) inſtitui poſſe. In hanc enim ſententiam adducuntur ex lege perperam intellecta. Hæc eſt Nouella Iuſtiniani de hæredibus & Falcidia. §. illud, verba textus hæc ſunt: [*Illud quoque propeſcamus; ne tempus fiat longum in talibus quæſtionibus. Nullam enim ſcilicet quæſtionum, aut litium [illegible], eandem autem tempus ſtatuentium: neceſſitatem imponentes omninò intra annum poſt admonitionem, & legata ſolui, & quæ à teſtatore ſunt relicta, compleri ſecundùm ſui naturam, & omnia agi, quæcunque ſicut prius ediximus. Initium autem anno damus, ſicut prius iam diximus ab admonitione ex iudiciali decreto facta. Anno enim per culpam heredis tranſacto, tunc ille quidem cadet relictis: alij verò ad hæc veniunt, quos prius vocamus.*]

Accurſius in verbo, decreto, [*per quandam interlocutoriam, inquit, qua præcipiat ei, vt ſoluat, vel per iudicem, vel per nuncium.*] Hinc ſententia illa nata eſt; executiuum eſſe iudicium, ac proceſſum pro legatis conſequendis, *vt videre licet ex Angelo in Commentarijs illius loci. Alexand. ad l. vltim. numer. 13. C. de edicto Diui Adriani tollen. & ibid. Iaſone, num. 14. Socino ſeniore, in conſil. 103. lib. 3. Decio, ad l. in teſtamentis, num. 6. de Regulis iuris. vbi etiam Cagnolus, num. 9. Alciato ad l. pecuniæ verbum, §. actionis, de verbor. ſignific. Natta in conſil. 206. num. 4. conſil. 626. num. 25.*

Non rectè: quia hæc eſt ſententia Iuſtiniani, vt hæres incidat in pœnam priuationis relictorum, ſi poſt aditam hæreditatem annum integrum ceſſauerit in exequenda voluntate defuncti; qui tamen annos non ab aditione numerabitur, ſed ab admonitione & conuentione iudicis, à quo tempore lis peragenda eſt intra annum, & eſt exceptio ad l. properandum, C. de iudicijs. Vide Iacobum Cuiacium in expoſitione dictæ Nouellæ, vbi id confirmat ex verbis Græcis, & ratione ſatis manifeſta. Quare negantibus executiuè procedi in caſu poſſe, planè aſſentior. *Ita Alexander ad l. ſi cum dotem. §. eo tempore. ff. ſoluto matrimon. & in l. ait prætor. §. ſi iudex, numer. 5. ff. de re iud. Decius in l. vltim. numer. 16. C. de edicto D. Adr. toll. Zuchardus ibid. num. 694. Menochius de adipiſc. poſſeſſ. remed. 4. num. 693. & ſeq.*

Caput XXXII.

Sit ne legatum, an verò inter viuos donatio, cùm quis in teſtamento donat aliquid præſenti & acceptanti.

TESTATOR dixit, dono [illegible] tium, qui [illegible]

quæritur an ſit legatum: an verò inter viuos donatio. Legatum eſſe reſponderunt Ioannes Fabri *in §. legatum, in Inſtitut. de legat.* Iacobus Niger *ad Rubr. de leg. 1. numer. 13. Socin. iun. ibid. numer. 63. Franciſcus Caldas ad l. ſi curatorem habens, C. de in integrum reſtitut. minor in verbo, ſine curatore, numer. 19. verſic. contrarium tamen, Mantica, qui & Nattam eiuſdem ſententiæ adfert. de coniect. vltim. volunt. lib. 8. tit. 1. poſt numer. 36. verſic. ſed aduertendum eſt.*

Cæterùm donationem eſſe inter viuos, reſponderunt Angelus Aretinus *in §. legatum, colum. 1. in Inſtitut. de leg.* Ioannes Crotus *in rub. de leg. 1. num. 10. & ibid. Lud. Aluarus, numer. 143. Crauetta num. 133. Fernan. Vaſquius de ſucceſſionum creatione & progreſſu, §. 23. num. 3. Menoch. qui & alios adducit, de præſumpt. lib. 4. in 2. part. præſumptio 105. num. 18. 19.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt: quia verba ſunt intelligenda ſecundùm ſubiectam materiam, *l. ſi vno, ff. locati.* Subiecta autem materia eſt teſtamentum, cui magis congruit legatum & fideicommiſſum, quàm donatio inter viuos. Huc accedat, quòd legatum nihil aliud eſt, quàm donatio, *vt in §. legatum, in Inſtit. de leg.* Nec obſtat præſentia & acceptatio: quia licèt neceſſaria hæc non ſint, non repugnant tamen naturæ legati: cùm & diſtantibus teſtamentum, & teſtibus in teſtamento præſentibus legari poſſit, *l. dictantibus, C. de teſtament. l. ſi quis ita ſcripſerit, ff. de reb. dub. §. legatarij, in Inſtitut de teſtament.* & potius dici debet donatio cauſa mortis, quæ etiam exigit præſentiam & conſenſum donatarij, l. inter mortis, ff. de mortis cauſ. donat. & legato æquiparantur, *l. illud. ff. eodem tit. §. 1. in Inſtitut. de donat.*

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia legatum non exigit præſentiam legatarij, cùm abſenti & ignoranti poſſit relinqui, *l. cum pater. §. ſurdo, de leg. 2.* Donatio autem requirit conſenſum donatarij, *l. abſenti, ff. de donat. l. in omnibus rebus. ff. de act. & oblig.* Cùm ergo donatarius hic fuerit præſens, & acceptauerit, videtur eſſe donatio inter viuos. Huc accedat, quòd verba propriè ſunt accipienda, *l. non aliter, de leg. 3.* & in potiori ac pleniori ſignificatu, *l. in teſtamentis, de reg. iur. c. ſi pater, de teſtam. lib. 6.* Ergo verbum dono, ita potius accipiendum eſt, vt donationem inter viuos ſignificet, quàm legatum; illa enim eſt plenior, & magis propria interpretatio. Et licèt præſentia in illa & acceptatio non impediat legatum ex legibus allegatis in contrario argumento, nihil tamen hoc ad rem pertinet, quia leges allegatæ loquuntur, cùm teſtator vſus eſt verbo (lego) quod ſui natura & proprietate non donationem, ſed legatum ſignificat.

Neque verò dubitari poſſe videtur, quin in teſtamento fieri poſſit donatio inter viuos, cùm & contractus, & alia id genus celebrari queant, *argum. l. heredes palam. §. vltim. ff. de teſtam. l. cùm quis decedens, §. Codicillis, de legat. 3. l. 1. §. aſſignare, iuncta l. aſſignare, ff. de aſſignan. libertis, & eſt communis ſententia Doctorum, vt latè adductis autoritatibus oſtendit Tiraquell. de legibus connubialibus, in verbo, contractu, Gloſſ. 5. num. 101.*

Ego verò priorem ſententiam veriſſimam eſſe iudico, & moueor hoc argumento, quod fortaſſe nouum alicui videbitur: quoniam in teſtamento fieri non poſſit talis inter viuos donatio, nec vllus alius actus ſiue contractus, qui ad teſtamentum non pertinet. Ad teſtamentum autem pertineret, ſi, exempli cauſa; quis diceret, ſi non valet teſtamentum, dono Titio heredi meo bona mea inter viuos, aut ſimile aliquid teſtator inter viuos ordinaret, ſi non valeret teſtamentum, vt declarat optimè Caſtrenſis, *in l. heredes palam, §. vlt. de teſtament.* Cùm enim hæc, quæ inter viuos dicuntur, in teſtamento fieri non poſſint, vt probabo, ſequitur dicendum, in propoſita ſpecie, non donationem inter viuos videri, ſed potius legatum, quod in teſtamento proculdubiò fieri poteſt.

Iam igitur id probo: [*Vno contextu actionis teſtari oportet. Eſt autem vno contextu, nullum alienum actum teſtamento intermiſcere,*] verba ſunt I.C. in l. hæredes palam, §. vltim. ff. de teſtament. Idem habetur in l. Cùm antiquitas, C. de teſtamentis, & alibi. Quamobrem Vlpian. [*Verba contraxerunt,* inquit, *geſſe-*

geſſerunt, non pertinent ad ius teſtandi.] l. verba, 20. de verb. ſign. Ergo contractus inter viuos, qui à teſtamento alienus eſt, fieri non poterit.

Ad probandum autem fieri poſſe, adfertur primò text. in d. l. hæredes palàm. §. vlt. Reſpondeo, nihil facere; verba hæc ſunt: [*Quod ſi aliquod pertinens ad teſtamentum faciat, teſtamentum non vitiatur.*]

Nullum verbum hîc de contractu, qui ad teſtamentum non pertineat.

Secundò, adfertur l. cùm quis decedens, §. Codicillis, de leg. 3. Reſpondeo, nihil facit, verba hæc ſunt: [*Maximo domino meo denaria decies quinquies mille, quæ accepi in depoſitum à patruo eius Iulio Maximo, vt ei viro facto, vel adulto reddam cum vſuris, quæ ſunt triginta millia ei dari volo, ita enim patri ſuo iuraui.*]

Nullus hic eſt contractus inter viuos, ſed Codicillum facientis confeſſio & ordinatio, vt ſoluatur, quod promiſſum ab eo eſt, quod non repugnat teſtamento, vel Codicillo, imò maximè conuenit.

Tertiò, adfertur l. aſſignare, ff. de aſſign. liber. quæ nihil ad rem facit, *vt notauit Paul. Caſtrenſ. in d. l. hæredes palam, §. vlt. ff. de teſtam.* quia libertorum aſſignatio etiam in teſtam. fieri poteſt, *l. 1. §. aſſignari, ff. eod. tit.* quod autem contractus in teſtam. fieri poſſint, nulla lege poteſt demonſtrari.

Dices, etſi teſtamentum vno contextu fieri debeat, ac proinde nullus contractus alienus miſceri debeat; ſi tamen miſceatur non vitiabitur, ſed potius teſtamentum nō valebit, & conſequenter, quod ad rem propoſitam attinet, valebit inter viuos donatio, licèt fortaſſe teſtamentum non ſit validum. Reſpondeo, hinc ſequi, donationem non eſſe interpretandam in dubio, ſed potius legatum; quia ſi legatum ſit, valebit vtrumque, & teſtamentum, ſcilicet, & legatum. Quoties enim ambigua eſt oratio, commodiſſimum eſt id accipere, quo res, de qua agitur, magis valeat, quàm pereat, *l. quoties. 13. ff. de reb. dub. l. quoties. ff de verb. oblig.* Contractum in teſtamento fieri poſſe, vult Duarenus *ad titul. de teſtamentis, C. de teſtam. nuncup.* ex l. 26. ff. de pig. act. quæ non obſtat: quia accipienda eſt ſecundùm l. caſus, ff. de alim. & cib. leg. Præterea, de hypotheca loquitur quæ nudo pacto contrahitur, & ideo contractus non eſt. Adducit etiam l. ſi auia, C. de iure delib. quæ non loquitur de contractu, ſed de aditione hæreditatis.

CAPVT XXXIII.

De legato à debitore relicto creditori, an compenſandum ſit cum debito, vbi diſcutitur illa communis diſtinctio, vtrum ex cauſa neceſſaria, an voluntaria debitum procedat.

COmmunis eſt diſtinctio, ſi debitum ex cauſa voluntaria originem habeat, nō compenſari cum legato, niſi voluntas teſtatoris compenſare volentis oſtendatur euidenter, *l. creditorem. 87. de leg. 2. l. creditor. C. de leg. l. ſi compenſandi, C. de hæred. inſtit.* Ceterùm, ſi deſcendat ex cauſa neceſſaria, compenſari, *l. ſi cùm dotem. §. ſi pater. ff. ſol. matr. l. huiuſmodi, §. cùm pater, de leg. 1. l. Titia cùm teſtamento, §. quia iniuſta, de leg. 2. Auth. præterea, C. vnde vir. l. omnimodò. § imputari, l. quoniam Nouellæ. C. de inoffic. teſtament. vide interpretes in hæc loca, Couuarr. in c. officij, de teſtam. Manticam de coniect. vlt. volunt. lib. 10. tit. 2. nouiſſimè Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. part. præſumpt. 109.*

Sed vereor, vt vera ſit hæc diſtinctio, magiſque aſſentior Franciſco Duareno *in Commentarijs d. l. ſi cùm dotem, §. ſi pater. ff. ſol. matr.* aſſeueranti, abſque ratione excogitatam eſſe; & Coraſio *lib. 3. Miſcell. in cap. 1.* dubiam ſibi videri dicenti. Videamus. Dotis debitum ex cauſſa neceſſaria oriri docent, & rectè: Pater enim dotem dare tenetur filiæ ſuæ, *l. vlt. C. de dotis promiſ.* Si ergo à patre legetur aliquid, compenſabitur cum dote; quia vt ſic ſtatuamus, cogit diſtinctio. At contra oppono, l. ſi pater, ff. de collat. dotis. Pomponius: [*Si pater pro filia dotem promiſerit, deinde exhæredata, vel etiam emancipata & præterita legatum dederit, habebit filia etiam dotem præcipuam & legatum.*]

At ibi dicunt, propter iniuriam exhæredationis vel prætetitionis legatum non compenſatur: Sed quæ eſt ratio? nonne legatum poteſt eſſe magnum, & legitimam exuperans, quo caſu illo tempore non erat

querelæ locus: At legatum (inquiunt) erat in ſpecie, dos in quantitate: Quia reuelauit hoc arcanum? At ibi dos promiſſa fuerat genere: Legatum autem relictum filię. Nugæ; imò etſi ita ſit, fit compenſatio, l. huiuſmodi, §. cùm pater, de leg. 1. [*Cùm pater pro filia ſua dotis nomine centum promiſiſſet: deinde eidem centum eadem legaſſet, doli mali exceptione heres tutus erit, &c.*] Vides ibi dotem pro filia promiſſam, ſine dubio genere. At ibi agitur de collatione facienda, vel non, quid hoc eſt;. Sufficit filiam vtrumque potuiſſe conſequi, & dotem, & legatum.

Quid igitur dicemus, an rem ita relinquemus indeciſam, quaſi non liqueat? Sic ſanè reliquit Iuriſconſ. celeberrimus, noſtra tempeſtate: nec enim, ſi diſtinctioni hęreamus ſupradictæ, hunc ſcopulum facilè vitabimus. Ego non relinquo, ſed ab hac diſtinctione recedo, primus forſitan à Duareno & Coraſio, & aio Pomponium loqui, cùm in legato dotis cauſſa adiecta non eſt. Declaro. Cùm pater dotem promiſit, deinde dotis cauſa legauit, fit compenſatio, l. huiuſmodi, §. cùm pater, de l. 1. vbi, [*Eidem centum eadem legaſſet,*] in l. Titia cùm teſtamento, §. qui inuita, de leg. 2. ibi, [*Et ab eo fideicommiſſum filiæ dotis nomine reliquit.*] Cùm verò dotis debitor parens dotis nomine non reliquit, ſed ſimpliciter, non fit compenſatio. Pomponius in d. l. ſi pater. vnde habes? ex l. vnica. §. ſciendum. C. de rei vxor. act. ibi, [*niſi ſpecialiter pro dote ea maritus ei dereliquit, cùm manifeſtiſſimum ſit teſtatorem, qui non hoc addidit, voluiſſe vtrumque conſequi.*] Iacobus Cuiac. lib. 3. Obſeru. cap. 16. circa fin. (ne me putet quis ſolum eſſe) [*De patre verò, inquit, qui non illud adiecerit, ſe dotis nomine legare, nunc videndum eſt: & putem vtrumque tunc filiam conſequi poſſe, ſicut à patre pro filia dote promiſſa, & filiæ relicto legato traditum eſt, in l. ſi pater, ff. de collat. dotis.*] Hactenus Cuiacius.

Quod verò in legitima filij conſtitutum eſt, vt imputentur in eam legata, donationes, &c. l. quoniam Nouella, l. omnimodò, §. imputari, C. de inoffic. teſtament. ſuam habet rationem; quia videlicet, cùm filius ex ſubſtantia patris debitam habet portionem, non eſt locus querelæ de inofficioſo, *l. Papinianus. §. ſiquis mortis, & §. quoniam. ff. eod. tit.* hodie titulo inſtitutionis habere debet, *vt in §. aliud quoque, in Authent. vt cùm de appellat. cognoſc.*

Et cùm mulier, quæ abſque dote nupſit, legatum habet, quo ſuam ſubleuare inopiam poſſit, cur non illud in portionem ei lege delatam imputaretur, cùm ad inopiam ipſam ſubleuandam delata ſit portio, *vt in d. Authent. Præterea, C. vnde vir & vxor. & ex Nouella vnde ſumitur, intelligi poteſt,* & iam ex legato ſubleuari aliqua ex parte queat?

Porrò illud argumentum, quod ſumunt ex l. quod autem. ff. de iure dotium, ad probandum non eſſe neceſſarium in hac ſpecie mentionem fieri nominis dotis, planè nihil valet. Ait textus: [*Quod autem in ſtipulatione non eſt neceſſaria dotis adiectio, etiam in donatione tantundem dicimus.*] Senſus eſt: Si vir dicat ſe accepiſſe ab vxore, vel contra vxor à viro certam pecuniæ quantitatem, quam promittit reſtituere, neceſſariam non eſſe dotis mentionem, vel donationis propter nuptias. Quid hoc, quæſo, cum re, qua de agitur, commune habet.

Capvt XXXIV.

Quid dicendum, ſi legatum conſiſtat in ſpecie & debitum neceſſarium in quantitate, retenta ſpecie, de qua in capite præcedenti?

EXiſtimat Bartol. in l. huiuſmodi, §. cum pater, de l. 1. Si legatum conſiſtat in ſpecie, & debita dos in quantitate, non eſſe locum compenſationi, autoritate l. ſi pater pro filia, ff. de collat. dotis. Eandem ſententiam ſecuti ſunt ibidem Bald. Caſtrenſ. Comenſ. Alex. & alij, *quos refert, ſed non ſequitur Menoch. de præſumpt. lib. 4. in ſecunda parte, præſumpt. 109. numer. 16. verſic. Reſpondet primò, & Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 10. tit. 2. num. 8. & num. 37. verſic. Cæterùm.* Sed contrarium docuit Socinus *alijs adductis in tractatu Regul. Reg. 282.* ſequitur Menochius *loco proxime citato, nu. 31. & nu. 37.* iſti docent etiam hoc in caſu locum eſſe compenſationi, autoritate

com-

communis diſtinctionis, quæ docet legatum cenſeri animo compenſandi cum debito neceſſario relictum: nec diſtinguit quantitatem à ſpecie.

Ego neque priori, neque poſteriori ſententiæ aſſentior: Non poſteriori: quia communis illa diſtinctio iure non probatur, vt iam in præcedenti capite demonſtrauimus. Non priori, quoniam, quæ adfertur lex, id non dicit. Sed vera ratio illius legis eſt, quia non fuit legatum factum nomine dotis. Ita enim noſtris legibus conuenienter loquimur, cum dicimus, legatum non videri animo compenſandi factum cum dote, quoties nulla mentio dotis eſt facta, *l. vnica. §. ſciendum. C. de rei vxor. act.* Videri autem animo compenſandi factum, cum mētionem dotis continet, quia non eſt veriſimile teſtatorem duplici præſtatione onerare hæredem voluiſſe ex eadem cauſſa, *vt in l. Titia cum teſtamento. §. qui mutua, de leg. 2.* Duplex autem præſtatio futura eſt, ſi dotem promiſſam à defuncto hæres ſoluat, & ſimul dotem legatam: niſi probet filia hoc animo teſtatorem fuiſſe, vt duplicaret ei legatum, l. cum pater. ff. de iure dotium. Vlpianus: [*Cum pater dotem pro filia promiſit, & dotem legat, ſi quidem marito legauit, videndum eſt, an legatum valeat: & non puto valere: Nam cum creditori debitor legat id, quod debet, nullum legatum eſt. Quod ſi filiæ legauit, valet legatum: Dos enim ex promiſſione marito debetur, & legatum filiæ. Et ſiquidem hoc animo teſtatorem eſſe filia oſtenderit, vt duplicaret ei legatum, habebit vtrumque, & dotem quam maritus conſecutus fuerit, & legatum ex cauſa legati*, &c.]

Hæc eſt ſolida doctrina ex iuris fontibus hauſta, non ex riuulis Commentariorum. Non ignoro Couarr. *in c. officij, num. 2. verſic. in ſecundo, de teſtament.* adferre pro ſententia priori textum in l. 3. §. Mulier. ff. de dote præleg. Sed ibi non fit compenſatio: quia maritus vxori legauit fundum diuerſum ab eo, quem dotis nomine receperat: & præterea fundum ipſum, quem pro dote acceperat, ex quo manifeſtum eſt eum voluiſſe, vt vxor vtrumque haberet. Adducit etiam l. plane. §. ſed ſi non corpus, de leg. 1. quæ nō facit ad rem, & regulam vulgarem: de ſpecie ad quantitatem non fit compenſatio. Quæ ad hoc propoſitum non pertinet, quæ compenſatio proprie non eſt, ſed potius imputatio, cum ſcilicet, dicimus in cauſſam debiti legatum imputari, *vt declarat Corneus in conſil. 257. col. penult. lib. 1. Hieronymus Gabrielius conſil. 16 num. 31. lib. 1.* Et ideo, cum pecunia omnes res æſtimari poſſint, *l. ſecunda. C. de conſtitut. pecun.* nihil prohibet, quo minus fundus, vel alia res legata imputari poſſit in cauſam debiti, ſi aliud non impediat.

CAPVT XXXV.

Legatum an videri poſſit animo compenſandi relictum à debitore creditori, cum dixit debitor, ſe legare ex proprijs bonis.

Bona dicuntur, quę deducto ære alieno ſuperſunt, *l. ſubſignatum. §. bona. ff. de verbor. ſignific. l. Mulier. ff. de iure dot.* Ergo, ſi quis debitor ex bonis ſuis creditori legauerit non animo compenſandi cum debito, legaſſe videtur: quia intelligitur voluiſſe, vt deducto eo, quod deberet, etiam legatum præſtaretur ex ſuis bonis creditori. *Ita Baldus in l. ſi cum dotem. §. ſi pater. ff. ſolut. matrimo. & ibidem Iaſ. num. 26. Iacobus Menoch. qui alios citat de præſumpt. lib. 4. in 2. parte, præſumpt. 109. num. 6.*

Sed contrariam ſententiam habuit Decius *in Auth. Præterea, num. 12. verſ. quarto limitatur, C. vnde vir & vxor.* & alij, *quos refert & ſequitur Couar. in c. Officij, numer. 7. de teſtamen.* Quia cum à teſtatore bonorum fit mentio, illa accipiuntur pro hæreditate, *l. nam quod, l. cogi. ff. ad Trebellian.* & alias legata ſunt ex bonis defuncti deducto ære alieno præſtāda. Quare hoc in caſu id exprimitur, quod tacite ineſt, vnde nihil operatur ſecundum regulas vulgatas.

Ego poſteriorem hanc ſententiam ſequor, & differentiam conſtituo; vtrum quis bona ſua relinquat, an vero aliquid ex bonis ſuis leget, vel præſtari mandet. Priore caſu bona intelliguntur deducto ære alieno, atque ita loquuntur leges al-

legatæ: ſed cum aliquid ex bonis legatur, non eſt illa interpretatio adhibenda, vt prius deducatur æs alienum teſtatoris, quia non eſt neceſſe. Tunc neceſſe eſt, cum bona relinquuntur in ratione bonorum ponenda, tantum enim in bonis habere dicitur, quantum nobis deducto ære alieno ſupereſt. Sed cum aliquid ex bonis ſuis præſtari quis mandat, non eſt neceſſaria æris alieni excuſſio: ſed perinde eſt, ac ſi diceret, ex ſubſtantia mea, ex rebus meis, ex hæreditate, patrimonio, præſtari volo. Si æs alienum exhauriret omnia, tunc legatum non eſſet præſtandum: ſed ſi hoc non adſit impedimentum, legatum præſtabitur, & compenſabitur, vel non compenſabitur cum debito, ſecundum alias voluntatis coniecturas, & iuris regulas. Ita ſentio ſaluo meliori iudicio.

Capvt XXXVI.

Legatum viro relictum ab vxore, an ſit cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur, vxore ipſa præmoriente, compenſandum.

Ex eo principio, quod iam refutauimus ſupra *hoc eodem lib. cap. 33.* effluxit, quamplurimorum ſententia: legatum ab vxore viro relictum, compenſandum eſſe cum lucro ex forma ſtatuti delato, præmoriente vxore quaſi videatur lucrum illud eſſe ad inſtar debiti cuiuſdam neceſſarij, *vt videre licet ex Mantica de coniect. vltim. volunt. libr. 10. tit. 2. nu. 7. Menochio de præſumpt. lib. 4. in 2. parte, præſumpt. 109. num. 35.* à qua tamen ſententia aliqui diſceſſerunt ab ijs relati, quos ſequor, eo libentius ac procliuius, quod de legato coniugum compenſando doctrina eſt præclara Iuſtiniani, in l. vnica, §. ſciendum, C. de rei vxor. act. [*Sciendum, inquit, itaq; eſt, dictum Prætoris, quod de alterutro introductum eſt, in exſtipulatu actione ceſſare, ita vt vxor & à marito relicta accipiat, & dotem, niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifeſtiſſimum ſit, teſtatorem, qui non hoc addidit, voluiſſe vtrumq; conſequi.*] Ego ita diſtinguo in hac ſpecie, vt ſi non pro dotis lucro reliquerit vxor marito, tunc & legatum maritus recipiat, & lucrum conſequatur. Si pro dotis lucro reliquerit, alterutro debeat eſſe contentus.

Capvt XXXVII.

Si legetur feudum alicui, vtrum hæres ad æſtimationem præſtandam legatario teneatur?

Inter omnes conſtat de feudo neminem teſtari poſſe, cap. 1. de ſucceſſ. feudi. ibi: [*Nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente.*] Conſequenter legari teſtamento non poteſt, *c. 1. §. donare, qualiter olim feudum alien. pot.* Sed controuerſia eſt, ſi legetur, an hæres ſaltem ad æſtimationem teneatur: & non teneri, reſponderunt Baldus *in d. §. donare, n. 3.* Aretinus *in l. apud Iulianum. § conſtat. de leg. 1. Alexand. in conſil. 19. n. 2. lib. 6.* Curtius iun. *in tract. feud. in 4. part. pen. quæſtio. num. 126.* Socinus iunior *in conſ. 74. num. 19. lib. 1.* Natta *in conſ. 502. nu. 33.* Purpuratus *in conſil. 101. n. 6. lib. 1. alios citat Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. parte, præſumpt. 119. nu. 6.*

Argumenta hæc ſunt: Legatum rei feudalis non valet, ergo nec eius debetur æſtimatio, *l. apud Iulianum, 41. §. conſtat, de leg. 1.*

Secundum argumentum: ius quod teſtator habet in feudo, morte eius extinguitur: aut enim feudum tranſit ad alios, quibus eſt conceſſum in inueſtitura, aut ad Dominum reuertitur. Cum autem quis legat rem, in qua ius habet, quod morte eius extinguitur, legatum eſt inutile, vt de eo, qui vſumfructum habet, qui morte finitur, reſponſum eſt, in l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1. Si legatum eſt inutile, ergo æſtimatio non debetur.

Contrarium reſponderunt Ioan. Faber, *in §. non ſolum, in Inſti. de leg.* Bald. ſibi contrarius, *in cap. 1. num. 3. de ſucceſſ. feud. Curt. iun. ſibi contrarius, in conſ. 30. num. 5. & quidam alij, quos refert & ſequitur Mantica de coniect. vltim. volun. lib. 9. tit. 11. num. 8.* ibi docuerunt æſtimationem deberi legatario, ſi teſtator rem legatam feudalem eſſe non ignorauerit. Et fundamentum eſt in l. cum alienam. C. de leg. vbi

vbi diſtinguitur inter teſtatorem ſcientem & ignorantem. Ad contraria argumenta reſpondent, legatum rei feudalis non valere, quantum attinet ad præiudicium eorum, qui ad feudum vocantur, non autem quantum ad hæredis præiudicium. Sic dicimus fundum dotalem alienari nõ poſſe, nec fundum minoris, nec res reſtitutioni ſubiectas: & tamen in his legatum valet, quantum ad æſtimationem, *l. cum pater, §. cum pater. de legat. 2. & notatur in l. apud Iulianum. §. conſtat, de lega. 1.* [*Conſtat* (inquit text.) *res alienas legari poſſe, etiam ſi difficilis earum paratio ſit.*] Quod vero dicebatur, legatum eſſe inutile, cum quis rem legauerit, in qua ius habet morte periturum, id locum non habere reſpondent, vbi teſtator ſcierit ius extinctum iri: quia tunc ſaltem æſtimatio debebitur, *d. l. cum alienam ita Cuman. in d. l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1.*

Ego in hac difficultate dico tria: Primũ, non videri mihi idoneam interpretationem, quæ adfertur ad l. quod in rerum, §. 1. de legat. 1. vt nimirum in ea ſpecie debeatur æſtimatio, ſi teſtator non ignorauerit ius ſuum morte extinctum iri. Verba text. hæc ſunt: [*Si vſumfructum habeam, eumq; legauerim, niſi poſtea proprietatem eius nactus ſim, inutile legatum eſt.*] Si teſtator ipſemet vſumfructum habebat, proculdubio non ignorabat, morte finitum iri, & tamẽ dicit text. [*inutile legatum eſt.*] *Idem dicit tex. in l. vxor. patrui, C. de leg.*

Secundo dico, non videri mihi ſolidum illud argumentum, quod ſumitur ex l. apud Iulianum, §. conſtat, de legat. 1. ad probandum legatum non valere etiam quantum ad æſtimationem, cum res legata alienari non poteſt: quia non ita ſimpliciter ille tex. loquitur, ſed hoc modo: [*Si vero, inquit, Saluſtianos hortos, qui ſunt Auguſti, vel fundum Albanum, qui principalibus vſibus deſeruit, legauerit quis, furioſi eſt talia legata teſtamento adſcribere. Item Campum Martium, aut forum Romanum, aut ædem ſacram legari non poſſe conſtat. Sed & ea prædia Cæſaris, quæ in formam patrimonij redacta ſub procuratore patrimonij ſunt, ſi legētur, nec æſtimatio eorũ debet præſtari, quoniã cõmercium eorũ, niſi iuſſu Principis nõ eſt, cũ diſtrahi non ſoleant.*]

Vides, vt puto, quãtum hæc à rebus feudalibus diſtent, quæ, vt omnibus palam eſt, quotidie diſtrahuntur; Ergo non eſt ſolidum, vt dixi, *argumentum ex d. §. conſtat.*

Tertio, quod attinet ad principalẽ quæſtionẽ dico, me non ignorare Regulas generales, quibus docemur eam in dubio interpretationem accipiendã, qua res valeat potius, quam pereat, *l. quoties. ff. de rebus dub.* & æſtimationẽ regulariter deberi rei alienę à teſtatore ſciente relictæ & eandẽ æſtimationem deberi, licet talis ſit res, quam legatarius capere non poſſit, *vt in l. ſed ſi res aliena, de leg. 1. & in l. filiusfam. §. ſi quid, ff. eodem.* Tamen iſtis omnibus inſuper habitis, exiſtimo non valere legatum, etiam quoad æſtimationem & hoc ex eo argumento, quod in feudo non valeat ordinatio defuncti. Nam ſi non valet, vt habet textus in argumento prioris ſententiæ citatus, ſequitur, vt non debeatur æſtimatio: Sic enim non valeret, ſaltem quoad æſtimationem. Sed quod nõ valet, inutile reputatur, & nullum producere poteſt effectum: aut proferatur legis alicuius teſtimonium, quo legatum ſit inutile, & tamen valeat, quoad æſtimationem. Nulla ſane proferri poteſt: quia videtur implicare contradictionem, legatum non valere, inutile eſſe: & valere, & vtile eſſe, quãtum ad hoc, vt æſtimatio debeatur, quid enim eſt aliud rei æſtimatio effectu, quam quodammodo res ipſa?

CAPVT XXXVIII.

Vtrum legatum rei alienæ iure Canonico valeat.

SCribit in hæc verba Greg. Pont. Max. in tit. de teſtamentis, ad Epiſcopum Meſſaninum: [*Filius noſter Fauſtinus conqueſtus eſt, quod quondam Pelraſius pater ſuus aliqua Eccleſiæ veſtræ ſepulturæ ſua gratia iuris alieni reliquit. Et quidem leges ſeculi hoc habent, vt hæres ad ſoluendum cogatur, ſi autor eius rem legauerit alienam. Sed quia lege Dei, non autem huius ſeculi viuimus, valde mihi videtur iniuſtum, vt res tibi legata, quæ cuiuſdam Eccleſiæ eſſe perhibentur, à te teneantur, qui aliena reſtituere debuiſti.*]

Huius tex. autoritate legatum rei alienæ iure

iure Canonico non valere, docuerunt Panorm. *ibi, & in c.cum eſſet, eod. tit.* Gloſſ. Alex. Iaſ. & Schar. *in l.cum alienam, C.de legatis.*

Sed quoniam Greg. loquitur de eo, qui legauit rem alienam, quæ alicuius Eccleſiæ erat, idcirco autoritate eiuſdem text. alij docent legatum rei alienæ, quæ ſit Eccleſiæ alicuius, iure Canonico non valere. *Ita Inno. Ant. But. Anchar. & Imola, in d.c.filius.* Ratio eſt: quia res Eccleſiæ alienari, non poſſunt, niſi adhibitis ſolennitatibus, à iure requiſitis, *iuxta c.ſine exceptione, 12. quæſt. 2.* & quoties non poteſt niſi cum difficultate res alienari, tunc rei alienæ legatum eſt inutile, etiam iure Ciuili, *l. apud Iulianum. §. conſtat, de leg. 1.*

Alij ex hoc textu Gregorij vnum illud argumentum ſumunt, rem alienam inuito domino ſub prætextu legati detineri non poſſe, ſed reſtituendam eſſe domino, licet legatarius petere poſſit æſtimationem eius ab hærede. *Ita Glo. in eundem locum, & Andreas Siculus, Salic. & Caſtren. in d. l.cum alienam. C. de legat. Corneus in conſ. 32. lib. 1.*

Denique Couar. *in commentariis d. c.filius,* & Franc. Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib. 9. tit. 10.* nihil iure Canonico circa legatum rei alienæ immutatum eſſe docuerunt, preterquã in ea ſpecie, de qua loquitur Grego. cum videlicet Eccleſię teſtator legauit rem alterius Eccleſiæ ſepulturæ ſuæ gratia, & filios hæredes inſtituit, quibus non admodum amplum patrimonium reliquerat: tunc enim nec res legata debetur, nec eius æſtimatio. Hæc ſententia videtur mihi cæteris probabilior, quod vt planum faciam, integram epiſt. Gregor. hic adſcribam, ea reperitur *lib. 7. Epiſt.* ad Epiſcopum Meſſalinum his verbis conſcripta: [*Filius noſter Fauſtinus vir eloquentiſſimus ad nos veniens, queſtus nobis eſt, quod pater eius quondã Peltraſius aliqua veſtræ Eccleſiæ ſepultura ſua gratia iuris alieni reliquerit. Et quidẽ quod de hac re ſeculi leges habeant, & ipſe noſti, & nos audiuimus: quia heres ad ſoluẽdum cogitur, ſi autor eius vel aliena legauerit. Sed quia fraternitatem veſtram lege Dei, non autem legibus ſeculi nouimus viuere, valde mihi iniuſtum videtur, vt calix electrinus, & puer qui cuiuſdam Eccleſiæ in poſſeſſione eius poſita Diœceſeos Conſentinæ Eccleſiæ eſſe perhibetur, à vna fraternitate retineatur. Cum enim & vir Reuerend. Palumbus Epiſcopus, tunc vero Archidiaconus ita fuiſſe teſtatus eſt, vos omnino eius fides credere: & aliena reſtituere debuiſtis. Fibulam vero auream, quam prędictus vir moriẽs pariter reliquit, cõſiderare, vt arbitror, debuiſti, quæ eſſet ſumma eius ſubſtãtiæ: ſi quid eſſet vnde hi, quos reliquerat, ſuſtentari debuiſſent, & tunc pro ſepultura eius accipere, quantũ noſtrũ inſtitutũ noueris, non illicitam antiquam conſuetudinẽ à noſtra Eccleſia penitus vetuiſſe, nec cuiquam aſſenſum præbere, vt loca humani corporis pretio poſſint adipiſci.*] Hactenus epiſt. Greg.

CAPVT XXXIX.

Legata ab inſtituto relicta nominatim an à ſubſtituto repetita cenſeantur.

Legata nominatim ab inſtituto relicta non videri à ſubſtituto repetita, docuerunt magis communiter Doct. teſte Menochio, qui refert nominatim autores *lib. 4. de præſumpt. in 2. par. præſumpt. 108. n. 14. adde Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 8. tit. 2. nu. 15.* Repugnantes ſunt Cum. & Caten. *ad l. licet, de leg. 1.* & Alciat. *de præſumpt. reg. 2. præſumpt. 35.* quibus me ſocium lubens adſcribo, referam prius vtriuſque ſententiæ argumẽta, tum, cur magis probem pauciorum ſententiam paucis declarabo.

Argumentum communis ſententiæ primum eſt ex l. ſi plures, de leg. 3. Paulus [*Si plures gradus ſint heredum, & ſcriptum ſit, heres meus dato: ad omnes gradus hic ſermo pertinet, ſicuti hæc verba: quiſquis mihi heres erit. Itaque, ſi quis velit non omnes heredes legatorum præſtatione onerare, ſed aliquos ex his: nominatim damnare debet.*]

Secundum ex l. Celſus, §. quod alicuius, de leg. ſecundo. [*Quod alicuius heredis nominatim fideicommittitur, poteſt videri ita demum dari voluiſſe, ſi ille extitiſſet heres.*] Hactenus Iuriconſultus.

Tertium eſt ex l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad leg. Falc. in illis verbis: [*Sed ea, quæ ab eo legata ſunt, ſi omiſerit hereditatem, non augebuntur, ſcilicet ſi ab eo nominatim data ſunt, non quiſquis mihi heres erit.*]

Quartum eſt ex l. 1. C. ſi omiſſa ſit cauſſa teſtamenti, ſed non video, quo modo faciat ad rem. Poſtremum eſt ex eo, quod cum nominatim legatur, onus perſonæ duntaxat, non etiam hæreditati videtur adiectum, *argum. l. nonnunquam. ff. ad Trebell.*

Contrariæ ſententiæ argumenta ſunt hæc. Primum, quia certum eſt legata ab inſtituto relicta videri à ſubſtituto repetita, *l. licet, de leg.* 1. ergo etiam repetita videntur cùm nominatim relicta ſunt ab inſtituto; quia ſi, verbi gratia, vnus tantùm ſit inſtitutus, & ab inſtituto legatum relinquatur, eſt perinde, ac ſi nominatim relicta eſſent, *arg. l.* 2. *ff. de lib. & poſthum.* & tamen repetita à ſubſtituto etiam hoc in caſu cenſentur. Confirmari poteſt argumentum; quia nominatim legatum accipiendum eſt, quod à quo legatum ſit, intelligitur, licèt nomen pronunciatum non ſit, *l. nominatim, de leg.* 3.

Secundum eſt ex l. non iuſtam. C. ad Trebell. vbi auia teſtatoris ex parte hæres ſcripta, rogata erat hæreditatem reſtituere, & textus dicit deberi etiam à ſubſtitutis fideicommiſſum, licèt aliter inducat Paul. Caſt.

Tertium eſt ex l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad leg. Falcid. perpendendo illud verbum, [*non augebuntur legata,*] ex quo ſignificatur, ſaltem deberi à ſubſtituto, quod nominatum relictum erat à cohærede.

Poſtremum argumentum eſt; quia ſi teſtator nominatim onere legati grauauit inſtitutum, quem magis dilexit, multò magis cenſetur voluiſſe grauare ſubſtitutum, quem minus dilexit, *argum. l. Publius, §. 1. ff. de condit. & demonſtr.*

Iam cur repudiata communiori ſententia in aliam deſcenderim, illud argumentum effecit, quod in ea ſpecie, de qua text. loquitur *in l. non iuſtam, C. ad Trebell.* erat fideicommiſſum relictum nominatim, & tamen etiam ſubſtitutum tacitè rogatum videri pronunciatur ex generali Reſcripto Imperatoris Antonini, quo declaratum eſt, legata ſeu fideicommiſſa etiam à ſubſtituto repetita videri; à quo quidem Reſcripto, cùm diſcedendum eſſe ex coniectura voluntatis teſtatoris reſponderit Iuriſconſult. & coniecturas etiam adiecerit, *in l. licet de leg.* 1. ſi hæc, de qua agitur, ſufficiens eſſet coniectura, cùm ſcilicet, ab inſtituto nominatim relictum eſt legatum vel fideicommiſſum, probabile eſt eum aliquam mentionem facturum fuiſſe huius exceptionis, & coniecturæ, quando ſcilicet, nominatim ab inſtituto legatum vel fideicommiſſum relictum eſt: nulla autem prorſus mentio facta eſt in d. l. licet. nec alibi: Ergo non eſt legitima hæc coniectura, ſed vt ob oculos verſetur clarè argumenti huius efficacia, referam verba text. [*Non iuſtam te gerere ſolicitudinem* (verba ſunt Dioclet. & Maxim.) *per fideicommiſſum relictæ portionis hæreditatis perſpicimus, verentem, ne fructum amittas relicti fideicommiſſi, quoniam auia teſtatoris ex parte hæres ſcripta, & tibi rogata reſtituere.* (Ex his verbis apparet nominatim auiæ iniunctum fideicommiſſum) *calliditate ac fraude repudiauit, vt ad alium nepotem, eundemq́ue cohæredem deuoluatur portio, à quo tibi nominatim non fuerat fideicommiſſum relictum, & coacta ſuſpectam hæreditatem adire, prius quam pro hærede gereret, rebus ſit humanis exempta: cum D. Antonino parenti noſtro deberi etiam à ſubſtitutis fideicommiſſum, contemplatione iudicij teſtatoris quaſi tacitè ab his repetitum iamdudum placuerit.*]

Vides his poſtremis verbis nullam adhiberi diſtinctionem, vtrum nominatim relicta ſint legata, & fideicommiſſa ab inſtituto: nec illud mouere Imperatorem, quòd auia rogata eſſet reſtituere; quod ſanè aliud non eſt, niſi nominatim relictum ab ea fuiſſe fideicommiſſum, *argument. l. nominatim, de leg.* 3. & tamen reſpondit etiam à ſubſtituto repetitum videri.

Ad primum & ſecundum argumentum reſpondeo, cùm nominatim ab aliquo hærede relictum eſt legatum, vel fideicommiſſum: ſiue cùm hæredum aliqui nominatim ac ſpecialiter onerati ſunt à teſtatore, cæteros hæredes oneratos non eſſe, ſi iuxta ſpectemus, quæ fuerunt ante Reſcriptum Imperatoris Seueri Antonini: ad quod ſanè tempus referendæ ſunt leges allegatæ: Cæterùm, poſt Reſcriptum Seueri aliter reſpondendum eſt, nempè, legatum, vel fideicommiſſum ab inſtituto relictum, cenſeri à ſubſtituto repetitum. Huius rei

reſtis eſt Vlpianus, *in l. ſi Titio, 63. §. Iulianus, de legat. 2.* ſic dicens: [*Si alter ex legitimis heredibus repudiaſſet portionem, cùm eſſet ab eo fideicommiſſum relictum, coheredem eius cogendum non eſſe fideicommiſſum praſtare: portionem eius ad coheredem ſine onere pertinere; ſed poſt Reſcriptum Seueri* [nota] *quo fideicommiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtitutis debentur, & hic quaſi ſubſtitutus cum ſuo onere conſequetur accreſcentem portionem.*]

Ad l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falcidiam, reſpondeo, non eam eſſe Iuriſconſulti ſententiam, vt legata ab altero ex hæredib. nominatim relicta debeantur, vel non debeantur ab eo, qui eſt cohæres, & ei ſubſtitutus eſt; ſed dicit textus, legata non augeri, quia videlicet etſi ſubſtitutus portionem alterius conſequatur, non tamen eſt æquum, vt plus legatorum nomine præſtare teneatur, quam teneretur, ſi non ex ſubſtitutione eius portionem fuiſſet conſecutus; Itaque ſi, exempli cauſſa, portio eius legatis ſit exhauſta, quo in caſu Quartam ex lege Falcidia retinet, non debet integra legata ſoluere, licèt conſecutus ſit ex ſubſtitutione portionem cohæredis, ſi legata, ſcilicet, à cohærede nominatim relicta ſint: licèt enim legata repetita cenſeantur ab ipſo ſubſtituto, quæ ab eius cohærede relicta fuêre, tamen quarta pars ex lege Falcidia ei debetur abſque omni onere legatorum, tam ex portione ſua, quàm cohæredis ſui: & ideo illa minui non debet propter legata à cohærede relicta nominatim. Cæterùm, ſi teſtator dixiſſet; quiſquis mihi hæres erit, dato, tunc cohæredis portio prodeſſet legatarijs: etenim, is hæres eſſet ſolus, & ſolus ad omnia legata præſtanda obligatus vna ſola Quarta totius hæreditatis ex lege Falcidia retenta. Itaque ille textus neutri ſententiæ ſuffragatur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, iure quidem ſummo ita reſpondendum eſſe, vt onus legatorum hæreat perſonæ, cui eſt iniunctum, nec ad ſubſtitutum tranſeat. Cæterùm aliud dicendum eſt, poſt reſcriptum Seueri Imperatoris, quo cautum fuit, vt ad ſubſtitutum onus legatorum, & fideicommiſſorum tranſiret, quæ ab inſtituto relicta ſunt.

Capvt XL.

Legatum ab extraneo relictum Epiſcopo, ſub nomine proprio, an Eccleſia adquiratur?

Seqvor & ipſe communiorem ſententiam; legatum Epiſcopo relictum, etiam proprio eius nomine expreſſo ab extraneo, Eccleſiæ contemplatione relictum videri, authoritate textus in c. requiſiuiſti, de teſtament. in illis verbis: [*In primo caſu diſtinguendum eſt, vtrum relinquatur Epiſcopo ab extraneo; an à propinquo, ſi ab extraneo, generaliter verum eſt, quod præſumitur eſſe relictum intuitu Eccleſiæ, non perſonæ, vnde Cathedralis Eccleſia de illo poteſt Canonicam petere portionem, &c.*]

Licèt enim non loquatur textus expreſsè in ea ſpecie, de qua agimus, vbi ſcilicet, proprium Epiſcopi nomen expreſſum eſt, verba tamen & hanc ſpeciem complectuntur; ſunt enim generalia, ibi: [*Generaliter verum eſt, &c.*] Et ratio id ſuadet; quia loquimur nunc de extraneo, qui ad Epiſcopo relinquendum eius contemplatione nulla affectione, nulla cauſa inductus videri poſſit; quamobrem etſi nomine proprio eum appellauerit, id feciſſe non ei donandi animo, ſed demonſtrandi potius quis eſſet, præſumitur. Quæ cùm ita ſint, & ſatis clarè conſtituta, non poſſum ſatis mirari in contrariam ſententiam quenquam permouiſſe exemplum ſerui, qui vni ex dominis nominatim ſtipulatus eſt, vt in l. ſi communis ſeruus. ff. de ſtipulat. ſeruor. eſt enim exemplum longè alienum, perquam diſſimile; non ad ſpeciem iſtam pertinens. Nihil autem pernitioſius eſt in quæſtionibus decidendis, quàm omiſſis ad rem accommodatis teſtimonijs, ea conquirere, quæ planè remota, nec rem tangunt, qua de agitur, licèt quandam argumenti ſpeciem præ ſe ferre videantur.

Capvt XLI.

Legatum canonicis relictum, cui acquiratur, Eccleſiæne, an Capitulo: an ipſis ſingularibus perſonis.

SI Canonicis legetur, non ipſis ſingularibus perſonis, non Eccleſiæ, ſed Capitulo ſiue collegio in communi legatum interpretor in obſcura teſtatoris voluntate; quanquam multi, iique grauiſſimi interpretes aliter exiſtimauerint, *vt videre licet ex Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. parte, præſumpt.* 113. Fundamentum pono in ſimili, legis: Nam cùm ciuibus legatur, ciuitati relictum intelligitur, *l. 2. ff. de reb. dub.* Ergo ſimiliter & cum Canonicis legatur, Collegio videtur relictum, Ciues repræſentant Ciuitatem, Canonici Collegium, ſiue, vt loquimur, Capitulum. Non ratio, non oratio diſpar. Eccleſiæ non videtur relictum, quia non eſt ratio, non lex. Nam Eccleſiam is, qui ei præeſt, refert, non Canonici qui ſubſunt; & ideo, ſi Epiſcopo legetur, videtur intuitu Eccleſiæ relictum, *vt in c. Requiſiuiſti, de teſtament.* non idem in relicto Canonicis eſt conſtitutum, nec dictar ratio. Non offendor l. annua. §. Attia ff. de annuis legatis, quoniam in ea ſpecie Sacerdoti & Rediruo templi relictum eſt. Quamobrem air Scæuola: [*Miniſterium quidem deſignatorum deſignatum, ſed datum templo.*] Non adquiritur ~c datum intelligitur ſingularibus perſonis, quia non ille eſt modus legandi perſonis ſingularibus: ſignificatur enim dignitas vel officium potius, quàm perſona; Sicut cùm legatur Ciuibus. Et ideo, ſi diſſolutum ſit collegium, legatum manet ab eo, à quo eſt relictum, *l. pater. §. Tuſculanus, de leg. 3.*

CAPVT XLII.

Legatum vxori, vtrum de prima duntaxat, an verò etiam de ſecunda intelligendum ſit?

SI vxori ſuæ teſtator legauerit, ea defuncta, quæ tempore teſtamenti erat: ſecundæ, quàm poſtea duxit, & quæ mortis tempore ſupereſt, legatum deberi interpretor. Argumento vtor ex l. ſi cognatis. ff. de rebus dubijs, illis verbis: [*Cæterùm, ſi quis teſtamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus eſt per adrogationem, facilius legatum conſequitur.*] Et loquitur Iuriſconſultus in ea ſpecie, qua quis cognatus legauerit, vt in principio legis dicitur, ibi: [*Si cognatus legatum ſit, &c.*] Eſt & aliud argumentum ex l. cùm ita. §. in fideicommiſſo, de legat. 2. [*In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem veniunt, qui nominati ſunt, aut poſt eos omnes extincti, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur, &cat.*] Non offendor, l. ſi quid eorum. §. vltim. de leg. 3. illis verbis: [*At quæ prioris vxoris cauſa parata ſunt, ita poſteriori debentur, ſi ei adſignata ſunt: quia non eſt ita de poſteriore vxore cogitatum, ſi cùm pararentur, &cat.*] Hæc enim ſunt diſſimilia. Nam id vxoris cauſa paraſſe videtur maritus, quod ei tradit, vt in eodem textu habetur. Ergo, ſi aliqua parauit prioris vxoris cauſa, non poteſt videri paraſſe poſterioris cauſa, niſi ſicut priori tradidit, ita & poſteriori aſſignauerit. Noſtra autem diſputatio non eſt de his, quæ parata ſunt, ſed de his, quæ ſimpliciter legata vxori: illa traditionem, ſiue adſignationem poſtulant, qua ceſſante non poſſunt dici parata: hæc ex nuda teſtantis voluntate pendent, qui non mutato teſtamento, quo vxori legauerat, dum moritur, legatum vxori, quæ tempore mortis reperitur, confirmaſſe videtur. *Vide Menoch. lib. 4. de præſumpt. in 2. part. præſumpt.* 122.

CAPVT XLIII.

Vſusfructus domus ſi legetur adiecto onere, ne altius tollatur, vtrum relicta proprietas videatur?

SCribit Pomponius in hæc verba: [*Proculus putat inſulam ita poſſe legari, vt ei ſeruitus imponatur, quæ alteri inſulæ hereditariæ debeatur, hoc modo: ſi ille heredi meo promiſerit, per ſe non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum vſumfructum do, lego. Vel ſic: ædium illarum, quoad altius, quàm vt nunc ſunt, ædificata non fuerunt, illi vſumfructum do, lego.*] l. Proculus, ff. de vſufructu, & quemadmodum quis vtatur.

Huius textus authoritate docent noſtri communiter, proprietatem in hac ſpecie legatam videri, licèt enim diſertè id Pomponius non dicat, tamen perpendunt illa verba [*Inſulam poſſe ita legari, &c.*] Ergo inſu-

la his verbis legata videtur, & conſequenter proprietas ipſius inſulæ. Et ratio eſt; quia vſusfructus appellatio proprietatem continet, quoties ſub conditione, vel modo relinquitur, qui perpetuus eſſe poſt. Vſusfructus enim morte vſufructuarij, & alijs modis ad proprietatem ſua natura reuertitur; quare cùm quis eum facit perpetuum, vel ita conſtituit, vt poſſit eſſe perpetuus, videtur proprietatem reliquiſſe, ſed eam vſusfructus verbo propterea notaſſe, quod reſtituenda erat conditione aduenıente. Ideo in propoſita ſpecie, ſimile eſt, ac ſi dicĕret teſtator: Lego inſulam ea lege, vt ne vnquam altius tollatur; ita enim dominus eſt inſulæ is, cui legatur, vt reſtituere debeat, ſi altius eam velit tollere. Ita, inquam, docĕt noſtri, *vt videre licet ex comment. in d. l. Proculus, & ex alijs locis, quos commemorat Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. part. præſumpt. 133. num. 2.*

Sed contrarium docuit Arius Pinellus, *ad l. 1. in 3. parte, numer. 42. & 43. C. de bon. maternis.* quem ego veritatis amans potiùs, quàm opinionum ſequor. Principio enim certum eſt, legari verba vſumfructum continere, non autem proprietatem; ergo non aliter à verbis recedendum erit, quàm ſi conſter de voluntate teſtantis, *l. non aliter, de legat.* 3. Deinde nullum verbum eſt apud Pomponium, quo ſignificetur, proprietatem eo in loco legatam videri. Licĕt enim in principio dicat: [*Inſulam ita poſſe legari*, ſubdit tamen, *hoc modo ſi ille hæredi meo, &c.*] Ex quibus verbis ſequentibus perſpicuum eſt, Pomponium intellexiſſe, Inſulam poſſe legari, ſicut infrà exempla poſuit: vtrum autem, ſi ita legetur, vt in exemplis poſitis intelligatur inſulæ proprietas relicta, nec ne, non ediſſerit Pomponius. Hoc enim dumtaxat explicare voluit inſulam ita poſſe legari, vt ei ſeruitus imponatur; quæ alteri inſulæ hæreditariæ debeatur; non autem id in animo habuit explicare, vtrum ſi legetur vſusfructus inſulæ eo modo, vt in exemplis adiectis, intelligatur eſſe proprie[tas] relicta. Quare eius reſponſum præci[pu]e à nobis erit perpendendum; non [en]im verbum ambiguum adiecit, ex

tas
putat,
quia vi.

eo licebit argumentum ſumere aduerſus verborum naturam & ſignificationem: neque enim ſatis idonea illa eſt coniectura: Portò, quod dicitur in ea ſpecie, legatum vſumfructum videri ſub modo, quo poteſt eſſe perpetuus nihil obſtat, quia id negati poteſt. Etenim, ſi altius ædes tollantur ab eo, cui relictus erit hoc modo vſusfructus, tunc extinguetur, & amittetur. Quod ſi non altius tollantur, morte tamen fructuarij extinguetur, ſicut regulariter extinguitur, *§. finitur, Inſtitut. de vſufruct.* Neque enim hoc expreſsè dixit teſtator, aut neceſſariò ex verbis eius colligitur perpetuo, & ſic etiam ad hæredem legatarij pertinenturum vſumfructum ædium, ſi non altius tollantur. Nullum verbum eſt in ea lege, quo id ſignificetur. Et cùm alioqui vſusfructus morte finiatur, dicendum eſt, etiam in ea ſpecie finiri: Imò & amitti quoque, ſi altius tollerentur ædes. Neque enim Regulæ Iuris interpretatione noſtra violandæ ſunt, ſed potius tuendæ. Denique, ſi dicatur fruſtrà illam conditionem, & modum adiectum, ne altius tollantur ædes, niſi proprietas relicta intelligatur, cùm fructuarius altius tollere non poſſit. Reſpondeo, non rarò accidere: vt teſtatores fruſtrà aliquid exprimant, & adijciant, quod tacitè ineſt, & à lege ſuppletur aut intelligitur. Deinde id efficere teſtatoris modum, & conditionem expreſſam, vt legatarius vſufructu cadat, ſi altius tollere ædes voluerit; licĕt enim alioqui poteſtatem fructuarius non habeat altius ædes tollendi, non tamen iure cautum eſt, ſi ædes altius tollat, eum priuari vſufructu. Atque ita ſentio.

CAPVT XLIV.

Si prædij vſusfructus fuerit in teſtamento relictus, ea conditione adiecta, vt alienari non poſſit, vtrum proprietas relicta cenſeatur.

RVrſus controuertitur; Teſtamento relictus eſt prædij vſusfructus, ea lege, vt alienari non poſſit; vtrum intelligatur proprietas relicta? Affirmant multi ſanè interpretes, & multi negant, *vt videre licet*

ex Me-

ex Menochio de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſump. 133. n. 3. Omnis cardo in hoc verſatur, quod ſi non proprietas intelligatur relicta, fruſtra videatur alienandi prohibitio legato inſerta. Cum inter omnes conſtet, vſufructuarium alienare non poſſe rem, cuius vſumfructum habet: Et ideo pro huius ſententiæ confirmatione adducunt l. Proculus, ff. de vſufruct. & quemadmodum quis vtatur, de qua in præcedenti capite multa diximus: vt ſicut in ea ſpecie id operatur altius tollendi, prohibitio vſusfructus legato inſerta, vt proprietas intelligatur relicta, ne fruſtra prohibitio inſerta videatur: neque enim fructuarius altius ædes tollere poteſt: ita etiam in hac ſpecie reſpondendum ſit, id efficere alienationis prohibitionem, vt relicta videatur proprietas. Sed cum fundamentum iſtud valde ſit infirmum, vt patet ex his quæ diſputauimus in præcedenti capite, magis mihi probatur contraria ſententia, non videri proprietatem relictam, atque ita hanc rem interpretandam eſſe, vt adiecta eſſe videatur illa prohibitio à teſtatore in eum modum, quo ſæpe fieri ſolet, vt non neceſſariæ conditiones, & quæ tacite inſunt legatis inſerantur: & vt hoc efficiat expreſſa teſtatoris prohibitio, vt ſi alienatio fiat, legatum amittatur. Verba enim legati ad vſumfructum, non autem ad proprietatem pertinere manifeſtum eſt, ac proinde non licet ab eis recedere: niſi voluntatis coniectura ſit in contrarium, perſpicua: non etiamſi & valde incerta ſit, & aliter, vt verbis non aduerſetur, commode interpretari queat.

CAPVT XLV.

Si vſusfructus prædij ſit relictus cum facultate illud alienandi, vtrum intelligatur proprietas relicta.

E Contrario controuertitur: ſi legetur prædij vſusfructus, & facultas legatario detur alienandi prædium: vtrum proprietas relicta eſſe intelligatur. Tres ſunt Doctorum ſententiæ: Vna relictam cenſeri proprietatem. Secunda nõ cenſeri: Tertia, diſtinguendum, an libera data ſit facultas alienãdi, & tunc proprietas intelligatur eſſe relicta: an vero alienandi arbitrio boni viri, & nunc nequaquam. *Vide Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. parte, præſumpt. 133. n. 4.*

Ego eorum ſententiam magis Probo, qui proprietatem legatam videri reſponderunt. Nam, vt quis vſufructuarius ſit, & ſimul alienandi poteſtatem habeat, cohærere hæc duo non poſſunt. Et cum alienandi poteſtas illi competat, qui rei proprietatem, ac dominium habet, conſequens eſt, vt licet in ſpecie propoſita vſus fuerit teſtator vſusfructus vocabulo, tamen non vſumfructum, ſed proprietatem legare voluiſſe exiſtimandus ſit.

Contraria ſententia longe infirmo nititur fundamento; quia videlicet alienandi poteſtas illi conceſſa eſſe intelligatur, qui eam non habuit: Vſufructuarius autem non habet. Ergo illam acquirit à teſtatore. Cui dubium quin acquirat? Sed inde nos colligimus, eum eſſe legatarium proprietatis, non autem vſusfructus: quoniam vſusfructus naturæ id repugnat. Voluit igitur teſtator; vt rei proprietas ad legatarium ſpectaret, & vſusfructus verbo abuſus eſt.

Diſtinctio vero allata, nullum habet firmamentum, ſicut optime adnotauit Menochius *loco proxime citato.*

CAPVT XLVI.

Si vſusfructus prædij legetur ea conditione adiecta, vt poſt mortem ſuam illud legatarius alteri reſtitueret, an relicta proprietas intelligatur?

DEniq; & illud controuertitur, Legauit quis prędij vſumfructũ, & à legatario petijt, vt illud poſt mortem ſuam alteri reſtitueret: verum intelligatur proprietas relicta. *Vide Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 133. num. 7.* Ego affirmantem ſententiam amplector, niſi teſtator imperitia lapſus, ita dixerit: Quia ſcilicet putauerit vſumfructum morte nõ extingui, Moueor

autoritate l.vlt.ff.de vſufructu ear.rer. quæ vſu conſumuntur. Martianus: [*Cum pecunia erat relicta Titio, vt poſt mortem legatarij ad Mæuium rediret: quamquam adſcriptum ſit, vt vſum eius Titius haberet: proprietatem tamen ei legatam: & vſus mentionem factam, quia erat reſtituenda ab eo pecunia poſt mortem eius, Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt.*]

Item autoritate l.ſpecies, ff.de auro & argen.legato Scæuola: [*Species auri & argenti Seia legauit, & ab eo petijt, in hæc verba: A te Seia peto, vt quicquid tibi ſpecialiter in auro & argento legaui, id cum morieris reddas, reſtituas illi, & illis Vernis meis: quarum rerum vſusfructus tibi ſufficiet, dum viues. Quæſitum eſt, an vſusfructus argenti & auri ſolus legatariæ debeatur. Reſpondit verbis, quæ proponerentur, proprietatem legatam addito onere fideicommiſſi.*]

Excepi caſum imperitiæ teſtatoris autoritate l.qui vſusfructus.ff.de vſu, & vſufruct.legat. Papinianus: [*Qui fructus prædiorũ vxori reliquit, poſt mortem eius prædia cum reditibus ad heredes tuos redire voluit, imperitia lapſus. Nullum fideicommiſſum dicimus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti debere. Etenim reditus futuri, non præteriti temporis demonſtrari videbantur.*]

Contraria ſententia eo nititur argumẽto, quod verba teſtatoris vſusfructus legatum, non autem proprietatis ſignificent. Et ideo iniunctũ eſſe videatur onus fructuario, qui bonorum poſſeſſionẽ habuit, eam reſtituendi. Et in legibus allegatis pro ſententia, quæ proprietatem legatam videri docet, ita reſponſum fuiſſe, quia teſtator proprietatẽ legauit: ſed quia, vſus verbum adiecerat, videbatur à priori voluntate receſſiſſe, & reſpõſum eſt, non receſſiſſe: ſed proprietatem legatam videri.

Sed quod ad iſtam reſponſionẽ attinet, ego animaduerto illam non male ad l.ſpecies, ff.de auro & argento leg. accõmodari poſſe: quia teſtator ibi reuera legauit ſpecies auri & argenti: deinde vſusfructus, verbo, vſus fuit, dicens: [*Quarum rerum vſusfructus tibi ſufficiet:*] & aliquo modo etiam aptari ad l.vltimam, ff.de vſufructu earum rerum, dum ibi dicitur: [*Cum pecunia erat relicta Titio, &c.* deinde: *Quamquam adſcriptum ſit, vt eius vſum Titius haberet, &c.*]

Sed nihilominus eas leges pro ſuperioris ſententiæ firmamento recte adferri cenſeo, quia non in eo vim ponunt, quod p[illegible] ribus verbis teſtator proprietatem leg[illegible]ſſet: id enim facile negari potuiſſet, propter [illegible]quentia verba, quibus vſusfructus relictus erat: ſed in eo eſt fundamentũ poſitũ, quod is, cui vtenda & fruenda res relicta erat, eã reſtituere poſt mortẽ ſuam iuſſus fuit. Sic enim colligitur vſusfructus mentionem factam, non quia legato ſolus vſusfructus c[illegible]tinetur: ſed quia ad inſtar fructuarij vti frui donec viueret legatario cõcederetur. Q[illegible] vero poſt mortem ſuam reſtituere debebat, etiam proprietatem relictam videri Iuriſconſultus exiſtimauit: quoniam non poteſt illud onus reſtituendi conuenire fructuario; Morte enim fructuarij extinguitur vſusfructus, & ideo res ſtatim redit ad proprietatem. Iſtud illis verbis textus indicat in d.l.vlt. [*Et vſus mentionem factam, quia erat reſtituenda ab eo pecunia poſt mortem eius*, & in d.l.ſpecies illis verbis: *Proprietatem legatam addito onere fideicommiſſi.*]

Quod autem dicitur verbis legati vſumfructum contineri, non inficior. Sed res [illegible]ra cum omnibus circumſtantijs perpendenda eſt, nempe, legatum eſſe vſumfructum cum onere poſt mortem reſtituendi. H[illegible]c onus facit vt legatario proprietas r[illegible] videatur cum onere fideicommiſſi, & [illegible]ſusfructus videatur à teſtatore mentio facta, quia res poſt mortem reſtituenda erat à legatario, vt dictum eſt.

Ad extremũ, quod ſubijcitur videri fructuarium hoc in caſu iuſſum reſtituere poſt mortẽ ſuã eam poſſeſſionem, quã adeptus erat, (Eſt autem poſſeſſio naturalis, *l.naturaliter, ff.de acquirend.poſſeſſ.*) id, inquam, nihil me mouet; Quia etiam in illis caſibus, de quibus loquuntur leges allegatæ, hæc ratio valere poſſet, & tamen reſponſum eſt, legatam videri proprietatem cum o[illegible]re fideicommiſſi. Neque enim int[illegible] hoc poteſt, vt is, qui morte omne ius [illegible]tit, id reſtituendi facultatem habere p[illegible] Aliud enim eſt Iuriſconſultis ſubtil[illegible] inuenientibus, nihil iuris habere poſt [illegible]

tem;

tem; aliud vero illud, quod habuit, reſtitui ab eo alteri oportere. Prior ſpecies repræſentat, morte ius finiri ſimpliciter, (& id fructuario maxime conuenit) poſterior non ſimpliciter finiri, ſed alteri reſtituendum, quod proprietario conuenit. Quid enim ſi is, cui poſt mortem reſtituere debet, vel noluiſſet accipere, vel non poſſet, vel conditio defeceret? Certe illud maneret apud grauatum, & hæredes eius, *l. vna, §. ſin autem aliquid ſub conditione, C. de cad. tollen.*

Capvt XLVII.

De vxore relicta vſufructuaria liberis extantibus atque heredibus inſtitutis controuerſia, vtrum intelligantur tantum ei alimenta relicta?

VSu forenſi frequens ea eſt diſputatio, quæ verſatur circa vſumfructum vxori relictum, omnium bonorum liberis hæredibus inſtitutis, vtrum ad alimenta tantum reſtringatur. Late vero, & copioſe tractatur à Gabrielio, *lib. 5. com. concl. tit. de Vſufructu, concl. 2.* Mantica *de Coniect. vlt. volun. lib. 9. tit. 7.* Menochio *de præſumpt. libr. 4. in 2 part. præſumpt. 139.* Simone Præto, *de interpr. vltim. volun. lib. 4. dubit. 10. num. 45. cum pluribus ſeqq.* Andr. Gaill, *lib. 2. obſer. 144.* Ex quorum ſcriptis nonnullæ tractari poſſent controuerſiæ, ſed quoniam eo fundamento nituntur, quod ſane mihi infirmum videtur; ideo illis poſthabitis, ipſum illud fundamentum aggrediar, in controuerſiam reuocabo, & forte etiam expugnabo; neque enim tanti Doctorum placita, & opiniones facere ſoleo, vt eas noſtri iuris conditoribus præferendas exiſtimem.]

Fundamentum, de quo verba facere inſtitui, eſt in quadam cõſuetudine poſitum, cuius Bulgarus mentionem fecit: vt ſi filij extent, & à patre hæredes inſtituantur, tũc vſusfructus mulieri relictus ad alimenta tantum reſtringatur. Neque enim credendum eſt, patrem magis conſulere voluiſſe vxori ſuæ; quam liberis; atque adeo ipſis auferre vſumfructum omnium bonorum, ne videlicet inopia & fame laborarent, *vt in §. prohibemus, in Auth. de triẽte & Semiſſe.* Quod maxime dicendum eſt, cum vxor domina & vſufructuaria eſt relicta, ne teſtator, qui hæredes filios inſtituit, id eſt, dominos eſſe voluit, ſtatim mutata voluntate, eos dominio priuare voluiſſe exiſtimetur.

Exiſtimo hanc ſententiã iuris noſtri autoribus non eſſe cõſentaneam, atque adeo ea teſtatoris voluntate verum vſumfructũ relictum videri: dominamque cenſeri relictam vxorem, ſcilicet, quãtum ad ius vtendi & fruendi donec vixerit, excepta tamen filiorum legitima, cuius & proprietas, & vſusfructus ad filios ſpectat. Quod ſi alicubi conſuetudo ſit contraria, & ita hoc legatum interpretetur, vt alimenta dumtaxat contineat; tunc ſeruanda illa erit, quatenus legitime introducta apparebit. Hoc enim ego contendo, illam iuri noſtro repugnare. Vtor autem argumento ex ipſa verbi natura, & ſignificatione petito, nempe, Vſusfructus, qui ſane, vt ad alimenta tantum referri debeat, neque ex libris noſtris neq; ex alijs animaduerto: Et quidem integer extat titulus de vſufructu mulieri relicto, *C. ſi ſecundo nupſerit mulier, &c.* & agitur de eo etiam in Auth. de nuptijs, & alibi, & tamen nullibi hæc interpretatio Bulgarina continetur. Et quod me maxime mouet Imperator Iuſtinianus *in Authent. de Triente & Semiſſe, §. prohibemus.* eos reprehendit patres, qui vxori rerum ſuarum vſumfructum relinquunt, quia videntur auferre filijs ſuis alimenta, & prohibet deinceps relinqui: quia vult legitimę portionis proprietatem ſimul, & vſumfructum ad filios pertinere: quæ ſane reprehenſio, & querela, non erat neceſſaria, ſi vſusfructus vxori non debeatur, ſed tantum alimenta. Audiamus verba Iuſtiniani, vt res clarius demonſtretur: [*Prohibemus autẽ, & illud graue exiſtens, & habens quidem aliquam legalem occaſionem, in duram tamen incidens crudelitatem, & amaritudinem.* (Nulla ſane erit crudelitas, amaritudo nulla, ſi ad alimenta tantum reſtringatur, vt patet.) *Nouimus enim aliqua teſtamenta, ſecundum quæ morientes non paterne, nec vt viros oportebat: ſed nimie molliter atque remiſſe fecerunt inſtitutiones. Vxoribus ſiquidem omnem dereliquerunt*

Digitized by Google

runt rerum ſuarum vſumfructum: filius autem proprietatem nudam. (Nulla eſſet opus reprehẽſione, ſi ad alimenta tantum reſtringatur. Nec dici poterit proprietas nuda filijs eſſe relicta.) *Quamobrem arbitror ſtudium eſſe huiuſmodi teſtamentis, vxoribus etiam proprietatem adquirere filiis forte fame peremptis.* (Hæc ratio ceſſat, ſi de alimentis accipiatur.) *Vnde enim etiam in medio gubernentur, & quotidianum habeant cibum nihil eis derelicto, vxoris iure forſitan & irrationabili intercedente, quod eis etiam quotidianam gubernationem arripiat?* (Et hæc ratio etiam nulla eſt, ſi recipiatur illa interpretatio.) *Non licebit igitur de cætero vlli omnino filios habenti tale aliquid agere: Sed modis omnibus eis huius legitimam partem, quam nunc deputauimus, & vſumfructum inſuper, & proprietatem relinquere, ſi vult filiorum non repente fame morientium, ſed viuere valentium vocari pater:*] Res ſane perſpicua eſt, proinde alia non adijcio, ne in re clara ſim nimius: & ſic eã teſtatoris diſpoſitionẽ accipio, atq; interpretor, vt excepta filiorũ legitima, in reliquis bonis vſusfructus ad vxorem pertineat, ac proinde his repugnantem ſententiam, ac interpretationem valere iubeo. Conſuetudine, ſi quæ eſt in loco, manente in ſuo robore.

CAPVT XLVIII.

Legatum dotis vel pro dote relictum puellæ certa ab extraneo, an ſit purum, vel conditionale.

NOn videtur mihi admodum difficilis hæc quæſtio, licet enim controuerſa ſit, vt patet ex Mantica *de coniect. vltimar. volunt. li. 11. tit. 22.* & ex Menochio *de præſump. lib. 4. in 2. part. præſum. 146.* ſatis tamen diſerte deciditur in l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de cond. & demonſt. Nam cum Papinianus ibi dicat: [*Ante nuptias Titio vel muliere defunctis* (quibus dotis nomine centum dare hæres damnatus erat) *legatum apud heredẽ manere,*] ſatis aperte indicauit, non eſſe purum eiuſmodi legatum, ſed ſub cõditione: quia purum legatum ad hæredes tranſmittitur, non conditionale: *l. vna. §. ſin autẽ ali. iuid. C. de cad. tollen.* Idem iuris eſt in legato, quod ſub modo fieri dicitur: etſi [illegible] caſu fortuito modus non adimpleatur, legatum tamen debetur, *l. ſi fundum per fideicommiſſum, §. 1. alias eſt l. ſi Titio, de leg. 1. l. pater. §. Tuſculanus, de leg. 2.*

His accedit tex. in §. ſed hoc præſ[illegible], in Auth. de ſanctiſ. Epiſco. ibi, [*Si quis forte ſub conditione nuptiarũ ſiue liberorũ, ſiue dotis cauſa, ſiue antenuptialis donationis donauerit ſiue [illegible] rit ſuis liberis, ſiue alij cuicunq; perſonæ hæreditat[illegible], aut ab initio pure relinquẽs eis, &c.*] Q[illegible] bis apparet, dotis cauſſa relictum, [illegible] telligi pure relictum, ſed ſub condition[e].

Quæ ſane interpretatio ac ſententia euidenti ratione confirmatur. Nam dos ſi[ne] matrimonio eſſe non poteſt: *l. 3. ff. de iure dotium, l. vlt. C. de donat. ante nuptias.* Ergo v[illegible] tis cauſſa, ſeu nomine pecunia relicta præſtetur, matrimonium contrahatur ne[cesse] eſt: & ideo promiſſio dotis tacitam co[ndi]tionem habere dicitur, ſi nuptiæ ſequãtur, *l. promittendo. ff. de iure dot.*, ſtipulati ne[illegible] dotis. ff. eodem. Et ideo ſcribit Vlp[ianus]. [*Si ego Seiæ res dedero, vt ipſa ſuo nomine in dotem det, efficientur eius, licet non in dotem ſint datæ, [illegible] condictione tenebitur.*] l. ſi ego, ff. eod.

Primum argumentum cõtrariæ ſententiæ eſt ex l. qui filium, ff. vbi pupillus ed[uca]ri debeat. Iulianus: [*Qui filium hæredem inſtituerat, filiæ dotis nomine, cum in familia n[illegible], ducenta legauerat, nec quicquam præterea: tutorem ei Sempronium dedit: Is a cognatis & p[illegible] quis pupillæ perductus ad magiſtratus iuſſus eſt [ali]menta pupillæ, & mercedes, vt liberalibus [illegible], inſtitueretur, pupillæ nomine præceptoribus [illegible]: pubes factus pupillus puberi iam factæ ſorori ſuæ [du]centa legati cauſa ſoluit, &c.*]

Reſpondeo, puberẽ factum filium ſp[on]te, non quod obligatus eſſet, ſoluiſſe: neque enim antequam nuberet, tenebatur ſol[ue]re, quia ſub conditione aperte legauera[t], cum ſcilicet, in familia nupſiſſet, nec e[ti]re Iuriſconſultus ibi reſpondit, ſed ob[iter] & ad alium finem narrauit filium [illegible] quare nihil ad rem noſtram facit.

Secundum argumentũ eſt: quia qu[illegible] legati cauſa commodum reſpicit leg[illegible], tunc non inducit cõditionem, ſed mo[dum] *l. Titio centum, §. 1. ff. de condit. & demon[ſt].*

ſed

ſed talis hæc eſt cauſa; reſpicit enim puellæ commodum, vt nubere poſſit. Ergo, &c.

Reſpondeo, in d. l. Titio centum, §. 1. non probari, quod aſſeritur; quia Iuriſconſultus appellat illam conditionem: [*Titio centum relicta ſunt*, inquit, *ita vt Mæuiam vxorem, quæ vidua eſt, ducat. Conditio non remittetur, &c.*] Propoſitio tamen illa probari poteſt ex eadem lege, in principio: [*Titio*, inquit, *centum ita, vt fundum emat, legata ſunt, non eſſe cogendum Titium cauere, Sextus Cæcilius exiſtimat: quoniam ad ipſum dumtaxat emolumentum legati rediret, &c.*]

Reſpondeo, legati cauſam in hac ſpecie noſtra non reſpicere tantùm ipſius legatarij emolumentum, immò verò etiam futuri mariti, immò & reipublicæ, cuius intereſt mulieres eſſe dotatas, & nubere, *l. 1. ff. ſolut. matrim.* Et conſequenter argumentum ceſſat.

Tertium argumentum eſt, quia dictio, Pro, non importat conditionem, ſed cauſam ſignificat, c. cùm olim, de cenſib. c. in noſtra de iniur. vel denotat modum, *l. Lucius. §. peto, de leg. 2. l. ſi quis pro redemptione, C. de donationibus.*

Reſpondeo, non ex vi dictionis illius conditionem induci in hoc legato dotis, ſed ex natura eius: quia dos ſine matrimonio eſſe non poteſt, vt dictum eſt, & ideò dos relicta ita debetur, ſi matrimonium fuerit ſecutum, quod nihil eſt aliud quam ſub conditione deberi ipſius matrimonij futuri.

Quartum argumentum eſt ex d. l. Titio centum. §. Titio genero, ff. de condit. & demonſtr. in illis verbis: [*Sed cùm ante nuptias (quia purum legatum eſt) peti poteſt, &c.*] Quibus verbis patet eiuſmodi legatum purum eſſe.

Reſpondeo, non eum eſſe illorum verborum ſenſum, quòd legatum nomine dotis, de quo in principio §. fit mentio, purum ſit: id enim purum non eſſe, ſed ſub conditione, ſatis ex eo probatur, quod text. poſtea dixit, [*ante nuptias Titio vel muliere defunctis legatum apud heredem manere,*] ſed ſenſus eſt; ſi legatum ſit purum, hoc eſt, ſine mentione dotis & nuptiarum, tunc cautionem neceſſariam eſſe. Itaque in illis verbis non agit Iuriſconſultus de ea ipſa ſpecie, de qua in principio egit, ſed ponit aliam ſpeciem, cùm videlicet legatum purum eſt, & tunc reſpondit circa cautionem, vtrum ſit neceſſaria.

Caput XLIX.

Si legetur puellæ ſub conditione, ſi fuerit matrimonio copulata Seio; vtrum legatum debeatur contractis nuptijs, antecopulam carnalem?

Legatum in propoſita ſpecie non deberi ante copulam carnalem, reſpondit Baldus *in conſilio 207. in cauſa iſta conſiderandum eſt, lib. 3.* quem ſecutus eſt Rolan. à Valle, *de lucro dotis, quæſt. 108. numer. 3.* eo argumento, quòd teſtator videatur de matrimonio intellexiſſe, quod perfectum & conſummatum fuerit, & ſic de matrimonio, quod effectum habuit, quod ex carnis coniunctione potiſſimùm euenit, argumento text. in cap. vltim. de conuerſ. infidelium. ibi, [*At ex hoc legitima coniunctio maris & fœminæ magis matrimonium, quam patrimonium nuncupetur.*]

Cæterùm, contrarium reſpondit Vlpianus in l. cùm fuerit. 15. ff. de condit. & demonſt. ſic dicens: [*Cùm fuerit ſub hac conditione legatum, ſi in familia nupſiſſet, videtur impleta conditio ſtatim atque ducta eſt vxor, quamuis nondum in cubiculum mariti venerit: Nuptias enim non concubitus ſed conſenſus facit.*]

Sed dices, non hæc eſt ſpecies Baldi, quia teſtator alijs verbis vſus eſt in ſpecie Baldi nempe, [*Si per matrimonium copulabitur Seio.*] Sed quid aliud eſt per matrimonium copulari quàm nubere, matrimonium inire, contrahere cum Seio? Itaque ſumma ratione Baldi reſponſum improbatum eſt à multis, quos Menochius refert, & ſequitur, *de præſumpt. lib. 4. in 2. part. præſumpt. 148. num 9. & ſeq.* niſi appatuerit eam fuiſſe mentem teſtatoris, vt matrimonium concubitu etiam conſummatum eſſet.

CAPVT L.

In legato vſusfructus habeatne locum ius accreſcendi inter coniunctos verbis tantum?

SI Titio & Mæuio æquis portionibus vſusfructus legetur, iuri accreſcendi inter eos locum non eſſe exiſtimo, authoritate nixus Papiniani in l. penultim. ff. de vſufruct. accreſ. [*Cùm ſingulis ab hæredibus ſingulis eiuſdem rei vſusfructus legatur, fructuarij ſeparari videntur non minus, quàm ſi æquis portionibus duobus eiuſdem rei fructus legatus fuiſſet: vnde fit, vt inter eos ius accreſcendi non ſit.*] Hactenus ille. Rationem hanc adfert Duarenus, *lib. 1. de iure accreſcend. cap. 10. in fin.* quia cùm vnaquæque vſusfructus pars hæreat perſonæ, cui adſcripta eſt à teſtatore, deficiente perſona, finitur, & ad proprietatem redit, §. *finitur. Inſtit. de vſusfructu.*

Atque ita reſponderunt præter Duarenum *loco annotato*, Petrus Beſatius *ad l. re coniuncti, de legat. 3. num. 33.* Crotus ibidem *num. 44. Politus, numer. 46. Ripa, numer. 69. Vaſquius de Succeſſionum creatione, libro primo, §. 10. numer. 128.*

Sed contrarium reſponderunt multi alij, quos iſti referunt, quibus accedant & alij, quos referr & ſequitur Menochius *de præſumpt. lib. 4. in 2. parte, præſumpt. 159. numer. 7.* Fundamentum ponunt in l. 1. ff. de vſufruct. accreſcendo. Vlpianus: [*Quoties vſusfructus legatus eſt, inter fructuarios eſt ius accreſcendi, ſi coniunctim ſit vſusfructus relictus: Cæterùm, ſi ſeparatim vnicuique partis rei vſusfructus ſit relictus, ſine dubio ius accreſcendi ceſſat.*]

Si locus eſt iuri accreſcendi, quoties coniunctim vſusfructus legatus eſt, igitur inter eos locus erit, qui verbis coniuncti ſunt. Reſpondeo, Vlpiani verba eſſe accipienda de coniunctis re, & verbis, aut re tantum, cùm ſcilicet totus vſusfructus ſingulis relictus eſt, partes autem concurſu fiunt. Interpretationem iſtam probo primò ex l. coniunctim, de leg. 3. [*Coniunctim hæredes inſtitui aut coniunctim legari* (inquit Celſus) *hoc eſt totam hæreditatem, & tota legata eſſe ſingulis data, partes autem concurſu fieri.*] Secundò ex eodem Vlpiano in l. 4. ff. eod. titul. illis verbis: [*Toties ius accreſcendi eſſe, quoties in duobus, qui in ſolidum habuerunt, concurſu diuiſus eſt.*] Hoc autem accidit inter eos, qui re, & verbis, aut re tantùm ſunt coniuncti; non autem inter eos, qui verbis tantum.

Rurſus probo ex d. l. penult. vbi diſertè Papinianus indicat, non eſſe lo[illegible] accreſcendi inter eos, quibus vſusfructus æquis portionibus eſt relictus.

Reſpondet Menochius poſt Ripam, hoc modo: [*Cæterùm reſpondet Ripa in d. l. re coniuncti, numer. 68. ibi. nullo modo fuiſſe coniunctos: non verbis quia erant ſeparatim vocati. Non etiam re, quia partes cenſentur ab initio factæ pro portionibus ipſis hæreditarijs ipſorum hæredum, a quibus erat relictum, iuxta l. cui fundus, ff. de cond. & demonſtrat.*] Hactenus ille.

Hæc reſponſio mihi non probatur, quia textus loquitur de his, qui verbis ſunt coniuncti. Sic enim ait: [*Non minus, quàm ſi æquis portionibus duobus eiuſdem rei fructus legatus fuiſſet.*] Iſti autem dicuntur verbis coniuncti, vt notum eſt, inter quos ius accreſcendi locum habere in vſufructu manifeſtè Papinianus indicat; & huic coniunctioni illam æquiparat, de qua nominatim quærebatur, cùm videlicer ſingulis ab hæredibus ſingulis eiuſdem rei vſusfructus legatur. Nam quia relictus cenſetur pro portionibus hæreditarijs ſingulorum hæredum, idcirco ait ius accreſcendi ceſſare, quia fructuarij ſeparati ſunt non [illegible]us, quàm ſi æquis portionibus duob[illegible]em rei fructus legatus eſſet: tunc enim [illegible]bet diuerſam ac ſeparatam portionem haberet, ſiue in oratione ſeparata relinquatur, ſiue in eadem oratione, vt patet.

CAPVT LI.

Si tutori vel adminiſtratori legetur: quicquid apparebit eum debere ob tutelam, vel aliam adminiſtrationem, vtrum eo legato comprehendatur etiam id, quod debet ex doloſa adminiſtratione.

Vlpia-

VLpianus: [*Si quis rationes exigere vetetur, (vt eſt ſæpiſsimè reſcriptum) non impeditur reliquas exigere, quas quis ipſe reliquauit; etſi quid dolo fecerit, qui rationes geſsit. Quod ſi quis & hæc velit remittere, ita debet legare: Damnas eſto hæres meus quicquid ab eo exegerit hac vel illa ratione, id ei reſtituere, vel actionem ei remittere,*] l. ſi quis. 19. ff. de liber. legata.

Iulianus: [*Quidam decedens filijs ſuis dederat tutores, & adiecerat, eoſque alogiſtas eſſe volo. Et ait Iulianus, tutores niſi bonam fidem in adminiſtratione præſtiterint, damnari debere, quamuis teſtamento comprehenſum ſit, vt alogiſtæ eſſent: nec eo nomine ex cauſſa fideicommiſſi, quicquam conſequi debebunt, vt ait Iulianus: & eſt vera iſta ſententia. Nemo enim ius publicum remittere poteſt huiuſmodi cautionibus, aut mutare formam antiquitus conſtitutam: Damnum verò quodcunque ex tutela quis ſenſerit, & legari, & per fideicommiſſum ei relinqui poteſt,*] l. quidam decedens, ff. de adminiſtrat. tut.

Harum legum authoritate controuerſia oritur; An tutor, ſeu alius adminiſtrator ex doloſa adminiſtratione poſſit conueniri quoties ei legatur quicquid ex adminiſtratione futura eum debere conſtiterit. Authores diligenter commemorat Menoch. *de præſumpt. lib. 4. in 2. parte, præſumpt. 164. numer. 7. & 8.* Et qui affirmant adminiſtratorem nihilominus teneri, primam partem dictarum legum perpendunt, qua cauetur dolum futurum remitti non poſſe tutori, ſeu adminiſtratori, ne ſcilicet, occaſio delinquendi præbeatur.

Qui verò negant, adminiſtratorem teneri, & conueniri poſſe, verba poſteriora conſiderant, quibus dicitur legari poſſe damnum, quod ex tutela quis ſenſerit, vel damnari hæredem poſſe ad reſtituendum id, quod hac vel illa ratione (ſcilicet, doloſam adminiſtrationem) exegerit, aut ad actionem remittendam adminiſtratori.

Sed hoc poſtremum argumentum nullius mihi videtur eſſe momenti; quia exiſtimo in vtraque lege Iuriſconſultum loqui de legato eius, quod debetur ex præterita adminiſtratione, non ex futura, vt ea ſit ſententia; non poſſe quidem ita tutorem à rationibus liberari; vt non teneatur, ſi dolo egerit, & bonam fidem in adminiſtratione non præſtiterit; ſed tamen poſſe ei damnum legari, vel per fideicommiſſum relinqui, quod iam quis ſenſit, ex adminiſtratione facta: vel, ſi aliquid exactum ab eo eſt, eam ob cauſam, vt reſtituatur, mandari, aut etiam actionem ipſam in teſtamento remitti. Dolus enim præteritus remitti poteſt, non autem futurus, *l. ſi vnus, §. pacta. ff. de pactis.*

Vt, inquam, huius ſim ſententiæ, duo faciunt argumenta. Primum eſt, quia Iuriſconſultus dicit in dicta l. quidam decedens, [*neminem ius publicum remittere poſſe huiuſmodi cautionibus:*] Videretur autem remittere poſſe, ſi tutores liberare poſſet ab omni ratione adminiſtrationis, etiam non bona fide geſtæ, quia occaſio delinquendi præberetur. Sed eadem occaſio delinquendi præberetur, atque adeò ius publicum læderetur, ſi legari poſſet futuro adminiſtratori, quicquid ex mala & doloſa adminiſtratione deberet: ſic enim eſſet idem, ac ſi à dolo futuro liberatus eſſet, atque ab omni ratione adminiſtrationis, licèt dolo factæ. Ergo non poſſunt dictæ leges intelligi de legato eius quod debetur ex futura adminiſtratione: ſed intelligi debent de eo, quod debetur ex præterita adminiſtratione.

Alterum eſt argumentum ex l. Iuriſgentium. §. ſi paciſcar. ff. de pact. in illis verbis: [*Et generaliter quoties pactum à iure communi remotum eſt, ſeruari hoc non oportet, nec legatum, nec iuſiurandum de hoc ad actum, ne quis agat, ſeruandum.*] Sic enim habent omnes Codices, & hanc lectionem retinendam eſſe probat Cuiacius *lib. 1. obſeru. cap. 24.*

Si igitur legatum non valet contra ius commune, veluti, ne quis furti agat, vel iniuriarum, ſi fecerit: non valebit etiam legatum, de quo agitur, ne quis agat aduerſus tutorem, neque ab eo quidquam exigat, etiam ſi dolo fecerit. Id enim eſt contra ius commune, vt patet.

Atque eò pertinent hæc argumenta, vt demonſtretur legatũ, ſi fiat in eum modum non valere. Sed in propoſita ſpecie illud etiam amplius accedit argumentum, quod generali oratione illa teſtatoris, non videtur

ſi quis ita heredes ſcripſerit, Titius ex parte dimidia heres eſto, Seius ex parte dimidia: Ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres eſto: dubitari poſſe: vtrum in tres ſemiſſes diuidere voluerit hereditatem, an vero in vnum ſemiſſem Seium & Sempronium coniungere, quod eſt verius, & ideo coniunctim eos videri inſtitutos ſic fiet vt Titius ſemiſſem, hi duo quadrantes ferant.]

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam cum dicit teſtator: [*quod Titio legaui, Caio do, lego,*] verba referuntur ad rem ipſam legatam, quæ ſecundum communem vſum loquendi ademptionem ſignificant. At cum dicit; [*Ex qua parte Seium inſtitui, ex eadē parte Caius heres eſto,*] verba referuntur ad partis aſſignationem: Vult enim teſtator ambos eſſe hæredes, vt ſcilicet, concurrant ſinguli pro dimidia. Atque idem eſſet dicendum, ſi teſtator diceret: [*Titio dimidiam lego, quam partem Seio legaui,*] hic enim concurrerent, cum verba referantur ad partis aſſignationem, quæ reſponſio eſt Duareni, *in d. l. ſi pluribus, de leg. 1.*

Capvt LIII.

Ad interpretationem Nouellæ Iuſtiniani de reſtitutionibus.

CVm quis rogatus eſt, per fideicommiſſum reſtituere, quicquid ex hæreditate ſupererit, poteſtatem habet bona fide, non autem animo interuertendi fideicommiſſum, omnia alienandi, ſi prudentum reſpōſa ſpectentur, *l. Titius. ff. ad Trebellian.* Cæterum, à Iuſtiniano in Nouella, de Reſtitutionibus, aliter eſt conſtitutum: Sic enim ſtatuit, vt quartam partem hæres grauatus fideicommiſſario reſtituere teneatur, reliquo autem dodrante, ſicut voluerit, vti poſſit. Sed controuerſia eſt, quomodo id accipiendum ſit: vtrum dodrantem hæres abſque vlla cauſa alienare poſſit. Aliquibus enim viſum eſt interpretibus poſſe, aliquibus non poſſe, alijs diſtinguendum, vtrum alienatio dolo fiat, ſcilicet cauſa euertendi fideicommiſſum, & id conſtet, & tunc non valeat: an vero dubium id ſit, nec appareat factam fuiſſe alienationem cauſſa euertendi fideicommiſſum, & tunc valeat, & promiſſa ſit. *Vide Menochium in conſ. 334. num. 60. lib. 4. & de præſump. lib. 4. in 2. par. præſump. 188. num. 11.*

Ego vero omnem hanc diſputationem definiri à Iuſtiniano ſatis diſerte in eadem Nouella affirmare non dubito. Sic enim ait: [*Sancimus vſq; ad Falcidiam ſolum ſuæ inſtitutionis neceſſitatem habere ſeruare cū, qui oneratus eſt fideicōmiſſi reſtitutione: & non poſſe aliquid penitus ex illa minuere ſufficiens exiſtens: ſed heredi quidem ſuperſint tres partes, illi autem quartæ ſolius relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui grauatus eſt etiam donationibus vti aliquibus, & forſan ex ſtudio, quod Papinianus dicebat interuertendi fideicōmiſſi cauſa, vt etiam quarta minuatur inſtitutionis eius: ſed hoc omnino relinquere fideicommiſſum alijs omnibus in eius poſitu poteſtate, & licentiam habere cum iis, ſicut voluerit vti quēadmodum perfectis dominis competit.*]

His verbis Iuſtinianus mandat quartam partem integram reſtitui fideicommiſſario, prohibetque eam minui, vel donationibus, vel alijs cauſis, præſertim ex ſtudio euertendi fideicōmiſſum. Deinde reliquas tres partes hæredi grauato libere aſſignat, vt ſicut voluerit, eis vti poſſit, tanquam perfectus dominus. Igitur donare poterit tres illas partes grauatus hæres, eiſque vti, ſicut voluerit, etiam animo ſeu ſtudio fideicommiſſum interuertendi. Hoc enim diſcrimen eſt conſtitutum ab Imperatore inter ipſam quartam fideicommiſſario reſtituendam ac reſeruandam, & cæteras partes, vt illa minui non poſſit donationibus, vel alijs modis ſtudio euertendi fideicommiſſum, cæteræ autem partes poſſint. Itaque non de ſingulis verbis diſputare oportet, ſed tota orationis ſeries contemplanda eſt illius conſtitutionis: ſic enim apparebit controuerſiam iſtam plane definitam eſſe. Atque ita mihi videtur.

Capvt LIV.

Si teſtator legauerit puellæ, ſi nupſerit, mille: ſin autem Monaſterium fuerit ingreſſa, ducenta: an ſi Monaſterium ingreſſa fuerit, mille conſequi valeat.

ANtiqua & peruulgata hæc eſt controuerſia. Si teſtator puellæ, ſi nupſerit, mille legauerit; ſi autem Monaſterium ingrediatur, ducenta; vtrum ſi Monaſterium ingreſſa fuerit, mille poſſit conſequi. Affirmant Bartol. *ad l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nomi.* Negat Bald. *in Authent. Niſi rogati. C. ad Trebellian.* Alios vtriuſque ſententiæ ſectatores collegit Antonius Gabrielius, *lib. 4. commu. concluſ. tit. de legatis, concluſ. 2.* Negantis ſententiæ fundamentum eſt in voluntate clara teſtatoris. Affirmantis illud eſt, ne puella à voto Religionis & vitæ contemplatiuæ remoueatur, *argumento textus in §. Sed hoc præſenti, in Authen. de Sanctiß. Epiſcop.* Reſpondent contrariæ ſententiæ Autores, illud argumentum locum habere, quoties teſtator nihil puellæ legat, ſi Monaſterium ingrediatur: tunc enim, etſi ſub conditione nuptiarum, vel dotis cauſa leget, nihilominus legatum debetur, etſi non nubat, ſed Monaſterium ingrediatur, vt conſtituit Imperator Iuſtinianus *in d. §. ſed & hoc præſenti.* Cæterum in præſenti ſpecie teſtator legat puellæ ducenta, ſi Monaſterium ingrediatur, quare & voluntas teſtatoris eſt certa, & ſimul declaratur, quid, & quantum puellæ debeatur, ſi Monaſterium ingredi velit; quam ſpeciem Imperator non attingit in d. Conſtit. Reſponderi poſſet, ſi cum nihil eſt legatum puellæ Monaſterium ingredienti, totum habere debet; quod ſub conditione nuptiarum ei eſt relictum, vt in ea conſtitutione cauetur. Ergo, ſi aliquid ſit ei relictum, multo magis illud petere, & præterea ſupplementum vſque ad quantitatem ſub cõditione nuptiarum relictam conſequi debebit. Non videtur enim eſſe ratio differentię. Immo maior ratio pro legatario. Sed noſtrum non eſt officium, ita leges interpretatione extẽdere, vt ſpeciem diſſimilem cõtineant. Eſt enim hoc nouam potius legem condere. Diuerſitatis ratio illa eſt; quod in propoſita ſpecie, puella peteret repugnante teſtatoris voluntate, duplicem ob cauſam; Prima, quia mille legauit, ſi nuberet. Secunda, quia ducenta legauit, ſi Monaſterium ingrederetur.

Quod vero Iuſtinianus ſtatuit, in eo duntaxat teſtantis voluntatem offendit, quod nuptiarum conditioni non ſatisfacit. Sed religionis fauor & caſtitatis merito facit, vt inſuper haberi conditio debeat.

CAPVT LV.

Ad l. filia legatorum. C. de legatis, diſcutitur controuerſia inter Oldradum & Dynum de patre, qui filiæ ſuæ pro dote legauit CCCC. deinde eam elocauit viuens dote conſtituta & numerata ducentorum aureorum, vtrum filia reſiduum ex legato petere poßit.

IMperator Alexander in l. 11. C. de legatis [*Filia legatorum*, inquit, *non habet actionem, ſi ea, quæ ei in teſtamento reliquit, viuus pater poſtea in dotem dedit.*] Sed vetus eſt controuerſia inter Oldradum & Dynum. Pater quadringenta dotis nomine reliquit. Poſtea viuus ducenta in dotem dedit: vtrum filiæ ad reſiduum petendum actio competat.

Oldradus competere affirmabat, Dynus id negabat. Bartolus vero diſtinguebat, vt ſi pro dote, ſeu dotis nomine relicta ſint in teſtamento quadringẽta, tunc reſiduum petere poſſit filia: ſecus ſi pro ea maritanda pater relinquat, quia ſi minori quantitate in dote data, matrimonio tradita ſit, legati reſiduum petere non poteſt. Cæterum Baldus, Caſtrenſis, Iaſon, Corneus, & cæteri communiter *in commentariis d. l. filia legatorum*, ſententiam Oldradi amplexi ſunt, ſed Dyni ſententiam defendit Campegius, *de dote, part. 1. quæſt. 36.*

Ego probabiliorem eſſe puto Oldradi ſententiam duabus potiſſimum rationibus. Prima, quia fundata eſt intentio filiæ in teſtamento, in quo legatum continetur, ad quod petendum & conſequendum actionem dari palam eſt: Ergo, ſi filia egerit & opponatur exceptio illa: Patrem inter viuos ei dotem dediſſe: Et ideo non poſſe eam petere legatum, replicabit illa, ſe non accepiſſe à patre totam quantitatem teſtamento relictam.

Altera eſt ratio, quia cur legatum peti non poſſit, ſi pater ea, quæ legauit viuens in dotem dederit, illud in cauſa eſſe i[illegible]-

ligi-

ligitur, quoniam legatum tacite ademptum videtur ex defuncti patris voluntate. Nam legata ex coniectura voluntatis tacite adimi poſſunt, *l. quarta. ff. de adim. leg.* Hæc autem eſt fortis coniectura voluntatis, quia pater dedit filiæ id, quod ei legauerat. Ergo, ſi partem duntaxat dederit, & non totum, quod teſtamento reliquit: deinde non mutato teſtamento decedat, certe nec reuocatum pro illa parte, quæ ſoluta non eſt, intelligi poteſt, & magna eſt coniectura & præſumptio patrem voluiſſe, vt præter dotem datam reſiduum quoque, quod legato continetur, filia conſequatur.

Caput LVI.

Ad l. cum filiofam. de leg. controuerſia circa vltimæ voluntatis patris ſententiam.

PApinianus ita ſcribit in l. 11. de legat. 1. [*Cum filiofamilias, vel ſeruo alieno legatum, vel hereditas datur, fideicommitti patri, vel domino poteſt, ac tum demum ex perſona ipſorum fideicommiſſum vires capit, cum ipſis, per quos commodum hereditatis vel legati patri, domino ve quaeritur, fideicommiſſum hereditatis relinquitur. Denique Iulianus non inſubtili ratione motus, patrem, cuius filius heres inſtitutus eſſet, extero quidem, habita ratione legis Falcidiæ reſtituere hereditatem reſpondit, quoniam ex perſona filij teneretur: Ipſi vero filio non admiſſa Falcidia: quia ex perſona ſua ſibi filius obligari non poſſet, ac pater non vt heres, ſed vt pater rogari videretur. Et ideo ſi filio rogatus ſit pater poſt mortem ſuam, quod ad ſe peruenit ex legato, vel hereditate filio relictum, reſtituere: isque viuo patre decedat, omnino patrem id retenturum, quoniam fideicommiſſum ex perſona patris vires acceperit.*]

Poſterioris partis ſententia admodum obſcura videtur, & dubia, quoniam verba textus ex contrario ſenſu indicant, ſi extraneo rogatus ſit pater reſtituere, & extraneus interim moriatur, patrem non retenturum fideicommiſſum, quod falſum eſt: quia eiuſmodi fideicommiſſum eſt conditionale, ideoque moriente ante hæredem grauatum eo, cui relinquitur, euaneſcit, nec tranſmittitur ad hæredem, ipſius, cui relinquitur, *l. 4. ff. quando dies legat. cedat. l. heres meus. ff. de cond. & demonſtr.* Conſequenter apud ipſum grauatum, à quo relictum eſt, manet, *l. pater. §. Tuſculanus, de legat. 3. l. Iulianus, de leg. 2. l. vna. §. ſin autem ſub conditione, C. de caduc. tollend.* Si dicatur idem eſſe iuris, cum extraneo rogatus eſt pater reſtituere, illud obſtat, quia textus conſtituere videtur diſcrimen inter vtramque ſpeciem, quod ſi nullum ſit diſcrimen prorſus indubitabile ſit reſponſum Iuriſconſulti.

Quid Gloſſ. quid Bartolus, & alij in medium attulerint apud Iaſonem, qui refert & refellit, legi poteſt: & qui Pauli Caſtren. ſententiam ſecutus eſt, quam recte refellit Alciatus *libro 5. Paradox. cap.* 14. Vtinam ſic ille probabile aliquid dixiſſet: Sed ita fere accidit vt facilius ſit aliorum dicta reprehendere, quam non reprehendenda dicere.

Ego probabilem exiſtimo Iacobi Cuiacij ſententiam, eamque amplector *libr.* 10. *Obſer. c.* 38. cuius ſumma hæc eſt: Non idem eſſet reſpondendum, cum extraneo, pater reſtituere rogatus eſt, & extraneus viuo patre decedit: tunc enim hæreditas quidem fit caduca, vt conſtat ex legibus ſupra citatis. Sed pater eam non retinet, quia tranſit ad fiſcum. Neque enim eo tempore, quo Papinianus reſpondit, caduca erant ſublata, vt poſtea ſublata ſunt *ex l. vna. C. de caduc. tollend.* & ideo ad fiſcum pertinebant, *vt patet ex Fragmentis Vlpiani, titu.* 17. Cur autem eo in caſu, quo pater extraneo reſtituere rogatus eſt in ea ſpecie, de qua Papinianus loquitur, ad fiſcum hæreditas tanquam caduca pertineret, & non in altero caſu, cum pater filio reſtituere rogatus eſt, illa eſt ratio: quia cum extraneo reſtituere rogatus eſt pater, tunc non vt pater, ſed vt hæres rogatus eſſe intelligitur: Cum autem filio rogatus eſt reſtituere, intelligitur rogatus, vt pater, non vt hæres. Id patet ex verbis præcedentibus eiuſdem legis, ibi: [*Extero quidem habita ratione legis Falcidiæ reſtituere hereditatem reſpondit: quoniam ex per-*

ex perſona filij teneretur: ipſi vero filio non admiſſa Falcidia: quia ex perſona ſua ſibi filius obligari nõ poſſet, ac pater, non vt hæres, ſed vt pater rogari videretur.] Cum igitur non intelligatur rogatus vt hæres, ſed vt pater, ſi filius viuo patre moriatur, hæreditas ad fiſcum tranſire non poteſt, & ideo pater eam retinet. Non tranſit autem ad fiſcum, quia ſoli hæredi onus caduci irrogatur, non ei, qui non eſt hæres, & ideo cum in priori caſu, quo extraneo rogatus eſt reſtituere, vt hæres intelligatur rogatus, onus caduci locum habet, & fiſco hæreditas defertur. Onus autem caduci ad hæredes ſolos pertinere certũ eſt: quia ſic erat conſtitutum lege Papia, vt fiſcus ea vindicaret, quæ apud hæredem remanſura erant. Hoc patet: nam ſi apud alium, quam hæredem, puta legatarium remanſura eſſent caduca, fiſcus ea vindicare non poterat, ſed legatarius ea retinebat, *l. Iulian. de leg.2.* Sic igitur & quæ apud patrem, non vt hæredem, remanſura eſſent, fiſcus vindicare non poterat. Erat enim odioſa lex illa, adeoque Iuriſconſultis diſplicebat, vt interpretationibus ſuis, quod eius fieri poſſet, eam ſemper coercerent, & contra fiſcum facile reſponderent, ſi vel minima ſubeſſet dubitandi materia, *vt patet ex l. intercidit. ff. de condit. & demonſtr. l. quæret. ff. de verbo. ſignific. l. vlt. ff. de his quibus vt indign. l. Diui, §. vlt. ff. de iure codicil. l. ſecunda ff. de auro & argen. leg. & teſtatur Iuſtinianus in d. l. vna, poſt principium. C. de caduc. tollend.* Quare & in ea ſpecie, qua pater non vt hæres rogatus videri poterat reſtituere, merito eum hæreditatem vel legatum retenturũ reſpondit Papinianus: quod ſane in altero caſu locum habere non poterat, quo pater vt hæres reſtituere tenebatur. Nullus enim iuſtus color, ac prætextus erat fiſcum excludendi: & ideo nec pater retinere eo in caſu caducam hæreditatem potuiſſet: quæ ratio effecit, vt de eo tantum caſu loqueretur Papinianus, quo filio pater reſtituere rogatus eſſet.

CAPVT LVII.

Innocentij III. Pont. Max. reſponſum in c. cum tibi, de teſtam. ſitne iuris ciuilis regulis conſentaneum?

INnocentius III. Pont. Max. ſcribit in hęc verba: [*Cum tibi de benignitate.* Et infra: *In ſecunda quæſtione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, non videtur decedere inteſtatus.*]

Controuerſia eſt, vtrum hoc reſponſum ſit iuri ciuili conſentaneum, & dubitationem facit, quod ſecundum iuris ciuilis regulas teſtamentorum iura per ſe firma eſſe oportet, non ex alieno arbitrio pendere, *l. illa inſtitutio, ff. de hær. inſt.* Non placet Gloſſ. interpretatio aliud eſſe iure Ciuili conſtitutum, aliud ex Canonum æquitate: quia quoties S. Pontifex à iuris Ciuilis rigore recedit: id prolixe & diſerte ſolitus eſt exprimere. Alij dixerunt Innocentium loqui, quando in alterius voluntatem non confertur principalis teſtamẽti diſpoſitio, ſed tantum alteri committitur electio hęredis incerti ex certis. Non recte: tum quia id iure ciuili permiſſum eſſe non ſatis probatur, tum quia Innocentius diſerte loquitur de eo, qui extremam voluntatem ſimpliciter & abſolute cõmittit in alterius diſpoſitionem, non autem de eo, qui tantum committit electionem. Illa nec mihi placet interpretatio, quæ communiter recepta eſt, vt declarat Couar. *in relectione illius Capitis*, Innocentium loqui de eo, qui ſuam vltimã voluntatem alterius diſpoſitioni committit, vt ſcilicet ad pias cauſas bona ſua diſtribuat, *arg. l. nulli, & l. ſi quis ad declinandam, C. de Epiſc. & Cler.*

Nam Innocentius loquitur eo in caſu, quo is, qui in alterius diſpoſitionem ſuam committit vltimam voluntatem, nihil per ſe prorſus ordinat, vel determinat, quid cui loco, vel perſonæ conferri debeat. Id patet ex integra ipſius Innocentij epiſtola, *qua habetur lib. 3. epiſt. eius, epiſt. 38.* Ant[illegible] *Epiſcopo*, cuius verba hæc ſunt: *Cũ tibi de benignitate Sedis Apoſtolicæ ſit indultum, quod ordinatio rerum clericorum ab in[illegible] de[illegible] bere in tua poteſtate ac diſpoſitione per[illegible] lectis omnem materiam ſcãdali ſemouere q[illegible]*

qua

quando inter te, & tuos Canonicos eſt ſubortum, ſuper duobus nos conſulere voluiſti. Primò, an appellatio vocabuli Clericorum, tam ad Canonicos, quàm ad non Canonicos extendatur. Secundò, an illi, qui in diſpoſitione & voluntate alterius ſuam committunt vltimam voluntatem, nihil per ſe penitus ordinantes, nec determinantes quid, cui loco vel perſonæ conferri debeat, dicantur decedere inteſtati: Primæ igitur conſultationi tuæ duximus reſpondendum, quod appellatio Clericorum non ſolùm alios, ſed etiam Canonicos comprehendat: In ſecundo verò dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, non videtur decedere inteſtatus.]

Prior pars epiſtolæ continetur in c. cùm tibi, de verb. ſignif. Ex qua interpretari debemus & poſteriorem, vt nimirum inteſtatus non dicatur is decedere, qui ſuam vltimam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, quantum ad effectum, de quo ibi quæritur, nempè, ad hoc, vt ceſſet indultum Epiſcopo priuilegium de reb. cler. diſponendi, qui ab inteſtato decedunt. Nam cùm clericus decedens, alterius arbitrio ſuam vltimam voluntatem committit, ſatis dicitur teſtari, ac declarare, ſe nolle, vt ea poteſtas ſit penes Epiſcopum, verùm penes alium, cuius prudentiæ & arbitrio totum committit. Huius in arbitrium alterius commiſſionis circa legata, textum habemus *in l. 1. de legat. 2. in l. fideicommiſſa, 46. de fideicomm. liber.* Circa verò diſtributionem in pios vſus, text. *in l. ſi quis ad declinandam. C. de Epiſcop. & Cleric.* Vt minimè mirandum ſit, ſi & in ea ſpecie admittatur ad excludendum Epiſcopum. Non igitur illud erit propriè teſtamentum, non Codicillis, ſed mentis teſtatio & declaratio morientis, cui rerum ſuarum diſpoſitionem mandarit, vt proinde non dicatur eſſe inteſtatus, ita vt ius diſponendi ad Epiſcopum pertineat.

CAPVT LVIII.

An legatum conferri in alienam voluntatem poſſit?

TRIA ſunt hac de re certa & explorata: Vnum autem dubium & controuerſum eſt. Primò certum eſt, legatum conferri poſſe in voluntatem legatarij, *l. ſi ita expreſſum, ff. de condit. & demonſtr. l. ſi ita. § illi ſi volet, de legat. 1.* Secundò, certum eſt conferri non poſſe in liberam hæredis voluntatem, *l. Senatus, § legatum, de legat. 1.* Tertiò, conferri poſſe in hæredis voluntatem, ſi non libera ſit, ſed quaſi boni viri arbitrium accipiatur, *l. fideicommiſſaria, 46. ff. de fideicomm. liber.* Illud autem dubium & controuerſum eſt, vtrum in voluntatem extranei cõferri poſſit. Nam pugnare videtur l. nonnunquam, ff. de condit. & demonſtr. cum l. 1. de leg. 2. Modeſtinus ſcribit in d. l. nonnunquam. [*Non poſſe vtiliter his verbis legari: Si Mæuius voluerit, Titio decem dato. Nam in alienam voluntatem conferri legatum non poteſt, licèt vtiliter ita legari poſſit. Titio decem do, lego, ſi Mæuius Capitolium aſcenderit, quamuis in arbitrio Titij ſit, an Capitolium aſcendat & velit efficere, vt Titio legatum debeatur.* At contra Vlpianus in d. l. 1. *In arbitrio alterius conferri legatum veluti conditio poteſt, quid enim intereſt: Si Titius in Capitolium aſcenderit mihi legetur, an ſi voluerit?* Idem Vlp. in d. l. fideicommiſſaria, 46. ff. de fideicommiſſ. liber. *Sed ſi ita adſcriptum ſit,* inquit, *ſi Seius voluerit, Stichum liberum eſſe volo. Mihi videtur poſſe dici valere libertatem: quia conditio potius eſt quemadmodum ſi mihi legatum eſſet, ſi Titius Capitolium aſcenderit.*]

Communis eſt Interpretum ſententia, legatum poſſe in extranei arbitrium conferri, tanquam boni viri, non autem in liberam voluntatem, ſicuti explicat Couuar. repudiata cuiuſdam Luſitani contraria ſententia, *in relect. c. cùm tibi, num. 7. de teſtament.* Sed non hinc tollitur repugnantia, quæ eſt inter Vlpianum & Modeſtin. dum ille negat legatum in alienam voluntatem expreſſè conferri poſſe, tacitè autem, veluti ſi Titius Capitolium aſcenderit, poſſe. Vlpianus autem affirmat conferri poſſe, nec vllum ſtatuit diſcrimen, an dicatur, ſi Titius voluerit, vel ſi Titius in Capitolium aſcenderit. Certè nodus difficillimus eſt adeò, vt hanc eſſe antinomiam inſolubilem dixerit Sarmientus, poſt Emanuelem Coſtam, *quem refert lib. 2. ſelect. Interpretat. c. 6. num. 29.* Si quid probabiliter adferri poteſt, id mihi videtur attuliſſe Iacob. Cuiac. *lib. 2. obſeru. c. 2.* [*Sed omiſſis,* inquit, *Interpretum traditionibus, vt*

bus, vt hæc verba: Si Titius voluerit, dupliciter accipiam, inclinat animus. Aut enim his verbis totum teſtator in voluntate Titij poſuit, vt is arbiter, & quaſi dator legati ſit: & hoc ſit inutiliter, d. l. nonnunquam. Aut hæc verba pro conditione accepit, in hunc ſenſum, ſi fortè acciderit aliquando, vt Titius velit, & hoc non ſit inutiliter; Æquè enim valet legatum, atque ſi obſcuriori ratione ſit res collocata in voluntatem Titij, vtputà, ſi Titius Capitolium aſcenderit, & hoc ita Vlpianus tradit in l. 1. de leg. 2. In arbitrium, inquit, *alterius conferri legatum veluti conditio poteſt: quid enim intereſt, ſi Titius Capitolium aſcenderit, mihi legetur, an ſi voluerit, veluti conditio, id eſt, quaſi conditio, ſed malim legere veluti conditionem. Et ex eo quidem loco, quod Vlpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni poſſe, ſic accipiendum eſſe reor, vt in aliena voluntate, quaſi conditione legatum poni poſſit, l. Senatus. §. legatum.* Nam in l. *fideicommiſſaria, 3. ff. de fideicommiſſar. libert. Idem auctor ideo libertatem ita relictam, ſi Titius voluerit, deberi ait, quòd conditio potius ſit, ſcilicet, quàm legati dandi merum arbitrium; & huic conditioni eo etiam loco illam, ſi Titius in Capitolium aſcenderit, parem facit omnimodò.*] Hactenus egregiè Cuiacius.

Capvt LIX.

Legatum an in voluntatem hæredis conferri poſſit ad interpretationem l. fideicommiſſaria, 46. ff. de fideicommiſſ. libert.

VLpianus ita ſcribit: [*Fideicommiſſaria libertas ita dari poteſt. Hæres ſi voluerit, fidei tuæ committo, vt Stichum manumittas, quamuis nihil aliud in teſtamento poteſt valere ex nutu hæredis.* Et paulò poſt: *Quod ſi ita ſcriptum ſit,* inquit, *ſi hæres voluerit, non valebit: Sed ita demùm, ſi totum in voluntate facit hæredis, ſi ei libuerit. Cæterùm, ſi arbitrium illi, quaſi bono viro, dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur.*]

Hic difficultas oritur primò, quia legatum in voluntatem hæredis conferri non poteſt, *l. Senatus. §. legatum, de leg. 1.* Vlpianus autem reſpondit poſſe. Secundò, quia poſtquam Vlpianus reſpondit poſſe, quaſi mutata ſententia reſpondit non poſſe, ſi de libera voluntate intelligatur. Et tamen ſuprà in principio de libera voluntate locutus eſt, dum dixit: [*Hæres ſi voluerit,*] quia innuit ibi nihil aliud valere arbitrio hæredi[illegible] relictum, recepta libertate, co[illegible] libera voluntate locutus eſt; [illegible] arbitrio hæredis tanquam [illegible] ſolum legatum libertatis, ſed & [illegible] valere.

Veteres Interpretes dixerunt; Vlpi[a]ni verbis poſterioribus priora corrigi, quod nequaquam videtur veriſimile. Ricar[dus] autem de Saliceto dicebat in priorib[us ver]bis Vlpianum loqui de hæredis arbitri[o non] libero, ſed tanquam boni viri, propter [il]la verba: *Fidei tuæ committo,* ſed fruſtrà, quia non ſolùm libertas: ſed & alia committi poſſunt hæredis arbitrio tanquam boni viri, *l. ſi ſic, de legat. primo, l. prima, de lega.* 2. Et tamen Vlpianus indicat nihil aliud ita relictum poſſe valere. Præterea, Vlpianus loquitur de ea conditione, ſi hæres voluerit, ſimpliciter & abſolutè, non autem de illa: [*arbitrio tuo, ſi tibi videbitur,*] de quibus poſtea inferiùs loquitur.

Raphael Cumanus *ad l. illa inſtitutio. ff. de liber. inſtit.* dicebat fideicommiſſariam libertatem ita relictam, *ſi hæres voluerit*, valere, non autem directam. Initio autem legis loquitur Vlpianus de fideicommiſſaria. Id patet ex illis verbis: [*Fidei tua committo*] [ſe]quentibus autem verbis de directa loquitur libertate relicta. Sed non probatur [m]ihi hæc ſententia, vti neque Decio, *ad l. captatorias. C. de milit. teſtament.* quia nec fideicommiſſaria libertas debetur, ſi in liberam hæredis voluntatem conferatur: ſed opus eſt, vt boni viri arbitrio relicta ſit. Sic enim ſubiungit Vlpian. [*Nam & eam libertatem deberi placuit, ſi tibi videbitur peto manumittas; Ita enim hoc accipiendum, ſi tibi quaſi viro bono videbitur.*]

Emanuel de Acoſta, *libro 1. ſelect. Interpret. cap. 22.* dicebat, aliud eſſe valere libertatem, prout principium legis loquitur, aliud libertatem deberi, prout inferiùs Vlp[illegible] *in verſ. Cæterùm,* ſed refutatur à Sarmient[o] *lib. ſecundo Select. Interpret. cap 6. numer.* [illegible] verò Sarmientus docet verba illa [illegible] *ſi voluerit, fidei tuæ committo, vt St[ichum m]anumittas,*] ad boni viri arbitrium [illegible] bertatis trahenda eſſe, [illegible]

adductis, probat fauore libertatis interpretationem alio modo fieri, quàm alias fieri ſoleat, ſed non rectè reſpondet ad argumentum Decij, quod non id in libertate ſingulariter conſtitutum ſit, vt valeat legatum arbitrio hæredis commiſſum: nam & alia etiam legata & fideicommiſſa ſimili modo relicta valent, *l. ſi ſic, de legat.* 1. cùm tamen textus innuat id tantùm in libertate locum habere.

Iacobus Cuiacius *lib. 2. obſeruat. cap. 2.* idem ferè dixit, ſed clarius; [*In arbitrium hæredis inquit, quaſi boni viri legatum conferri poteſt. In plenum hæredis arbitrium conferri legatum non poteſt, vtputà, ſi voluerit, ne ſit in eius arbitrio, quem teſtator obligare cogitat, an ſit obligatus; atque ideo hæc etiam verba pro conditione non accipiuntur, niſi fauore libertatis, quemadmodum in initio l. fideicommiſſaria, 3. ff. de fideicommiſſ. libert. apertè demonſtratur; namque ſi libertas ita relicta fuerit, veluti ſub conditione, non eo animo, vt author dandæ libertatis hæres ipſe ſolus exiſteret, ſi hæres voluerit, libertas debebitur ſtatim, vt hæres annuerit. Cæterùm ita relictum legatum, ſi hæres voluerit, nec ſi poſt annuerit hæres debebitur: quoniam inutilis prorſus ea ſcriptura eſt. Sub alia conditione licet obſcure, ſi legatum in hæredis arbitrium conferatur, vtputà, ſi hæres Capitolium aſcenderit. Niſi hæres voluerit, vtilis ſcriptura eſt, l. 3. de legat. 2. l. fideicommiſſa. §. ſic fideicommiſſum, de legat. 3. At niſi fauore libertatis hæc verba, ſi voluerit, ad hæredem relata per ſpeciem conditionis, nunquam certe defendemus.*] Hactenus ille.

Sed vnum obſtare videtur huic ſententiæ, quod ſi ſpecialiter in libertatis legato conſtitutum eſt, vt valeat ex nutu hæredis, nempè, ſub ea conditione: *ſi hæres voluerit*, quæ liberum arbitrium ſignificat, cur poſtea ſequentibus verbis: id valere negat Vlpianus dicens: [*Quod ſi ita ſcriptum ſit; ſi hæres voluerit, non valebit. ſed ita demùm, ſi totum in voluntate fecit hæredis, ſi ei libuerit. Cæterùm, ſi arbitrium illi, quaſi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur.*]

Ego puto hanc eſſe ſententiam Iuriſconſulti, vt libertas ſub ea conditione relicta: *ſi hæres voluerit*, valeat; & hoc libertatis fauore ſpecialiter ſit conſtitutum, quia licet verba ſignificare videantur liberum & plenum arbitrium hæredis, poſſunt tamen trahi etiam ad arbitrium boni viri, & licèt in alijs legatis & fideicommiſſis non ea interpretatio fieret, tamen libertatis fauore recipitur. Quod verò infrà Vlp. ſubdit: [*Quod ſi ita ſcriptum ſit, ſi hæres voluerit, non valebit,*] Priori huic ſententiæ non aduerſari, propter verba ſequentia: [*Sed ita demùm, ſi totum in voluntate fecit hæredis.*] Ex his enim verbis duo indicat Vlp. primum, illa verba, *ſi hæres voluerit*, in libertatis fideicommiſſo trahi poſſe ad arbitrium boni viri; quia ſi trahi non poſſent, non erat opus, vt diceret: [*Sed ita demùm, ſi totum in voluntate hæredis fecit.*] Alterum eſt, ita demùm non valere libertatis legatum, ſi ex verbis manifeſtum erit, teſtatorem totum poſuiſſe in voluntate libera hæredis, puta dicendo, *ſi libuerit*. Ergo poſterius reſponſum priori non aduerſatur; quia in priori dicitur valere fideicommiſſum ſub ea conditione, *ſi hæres voluerit*. In poſteriori interpretatio fit hoc modo, vt valeat, niſi totum legatum teſtator poſuerit in plena & libera voluntate hæredis, quod verò ſubdit text. [*Cæterùm, ſi arbitrium illi quaſi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur*] id arguit hoc in caſu nullam eſſe difficultatem, quin legatum debeatur, quia debetur etiam ſi aliud ſit, quàm libertas, *l. ſi ſic, de leg.* 1. Ergo multò magis libertas. Sed in priore caſu cùm dixit, *ſi hæres voluerit*, dubitari poteſt ex eo, quòd cætera legata non valent ita relicta. Veruntamen reſpondit valere legatum libertatis, quia non ita accipienda ſunt illa verba, vt ſignificent liberam hæredis voluntatem, ſed conditionem inducant, & arbitrium boni viri ſignificent: licèt hæc interpretatio in alijs legatis non ita facilè reciperetur.

CAPVT LX.

Donare mortis cauſa poßitne mulier, quæ non poteſt contractum facere abſque conſenſu duorum propinquorum, ita diſponente Municipij lege.

HIc ſubijciam alias controuerſias in materia donationis cauſa mortis, quæ ſuperioribus commodius adiungi potuiſſent.

ſent. Prima eſt: Municipali lege cauetur, vt nullum contractum mulier facere poſſit abſque conſenſu duorum propinquorum; Vtrum omiſſa hac ſolennitate, donare mortis cauſa poſſit? Affirmant Ludouicus Romanus *ad l. ſecundum, de legat. primo.* Iaſon *ibidem num.13. alios duos, nempè Alciatum & Socinum citat Tiraquellus de legibus connubialibus, gloſſ. 5. num. 74. ſed non fideliter: debuit enim eos citare in commentarijs ad l. 2. ff. de verb. oblig. Citat præterea Socinum in aliquibus conſilijs, & alios, qui de hoc nihil dicunt. Eandem ſententiam ſecutus eſt Ruinus ad dictam l. num. 43. de leg. 1.* Negant verò Ancharanus *in conſil. 384. Dubium in iſta quæſtione.* Alexand. *in l. 2. col. vlt. de leg. 1. & in l. 2. vbi etiam Aretinus. ff. de verbor. obligat.* Ripa *ad d. l. 2. de leg. 1. num. 10. & ibid. Socinus, & alij, quos commemorat Tiraquellus loco proximè citato, num. 78.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia donatio cauſa mortis naturā habet vltimæ voluntatis, non autem contractus inter viuos, l. vltim. C. de donat. cauſ. mort. ibi: [*Omnes effectus ſortietur, quos vltima habent liberalitates, neque ex quacunque parte abſimilis eſſe intelligatur.*] Secundò, quia certum eſt, mulierem poſſe teſtamentum facere abſque ſolennitate ſtatuti: neque enim de teſtamento loquitur, ſed de contractu, *l. verba gefferunt. ff. de verbor. ſignific.* ergo multò magis donare poterit mortis cauſa; Et præſertim, quia eadem eſt ratio, ſicut enim teſtamentum reuocari poteſt, ita etiam donatio cauſa mortis, *vt in Inſtit. de donat.* Tertiò, quia minor adultus curatorem habens, non poteſt contractum facere, ſine curatoris authoritate, *l. ſi curatorem habens. C. de integr. reſtitut. minor.* & tamen poteſt teſtamentum facere, *l. Aurelio. §. Caius. ff. de liber. legat.* Ergo multò magis etiam poterit mortis cauſa donare.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia donatio cauſa mortis, dum fit & celebratur, videtur habere naturam contractus inter viuos, non autem vltimæ voluntatis. Nam requirit præſentiam eius cui donatur. Item traditionem, vel ſtipulationem, ſeu nudum pactum, *vt docent Bartol. Alexand. Caſtrenſ. & alij, in d. l. 2. de legat. 1.*

Sed mihi prior ſententia probabilior videtur: Pro cuius confirmatione conſidero, Statutum eſſe contrarium Iuri, quo mulier liberè poteſt abſque proximiorum præſentia & conſenſu contractus facere, ideo locum habere debet in contractibus propriè ſumptis, non autem in donatione cauſa mortis, quæ re vera non eſt contractus. Secundò animaduerto, donationem ipſam cauſa mortis reuocari poſſe, *l. vbi ita donatur. ff. de donatio. cauſa mortis.* Conſequenter non viget in ea ratio Statuti, quæ viget in contractibus, illa nempè, ne mulier decipiatur, ne lædatur ex contractu. Poterit enim donationem reuocare, non ſic alium contractum, *l. ſicut, C. de actionibus & obligationibus.*

Reſponder Ripa, ſi donatio à traditione incipiat, mulierem lædi poſſe, ſaltem in fructibus, & dici mori poſſe antequam ſe deceptam eſſe intelligat, (loquitur autem Ripa de minore, ſed etiam ratio eſt in muliere.) Ad primum argumentum reſpondeo donationem magis naturam contractus participare, quàm vltimæ voluntatis, ſaltem quatenus fit, & in eſſe producitur. Ad ſecundum argumentum reſpondet, illud non valere, quia teſtamentum, & donatio mortis cauſa, differunt. Ad tertium, negat minorem adultum donare mortis cauſa poſſe.

Replicari poteſt ad ſingula. In primis, quod dicit de læſione circa fructus, illam allegari non poſſe, quia donatio ſtatim reuocari poteſt à donatore, antequam fructus percipiantur.

Quod verò dicit fieri poſſe, vt moriatur donans ante reuocationem, nihil eſt; quia ſatis eſt reuocari poſſe quandocunque, ſi non reuocauerit donator, ſibi imputet. Nam fieri etiam poteſt, vt & contractus ſine propinquorum conſenſu factus, non irritetur, & tamen ſit damnoſus; & tamen huius rei ratio non habetur. Sufficit enim legi remedium proponere, non etiam, vt quis eo vti velit, ſolicito eſſe debet.

Dum autem inſtat atque contendit donationem cauſa mortis, quatenus [illegible] vt ipſe loquitur, deducitur, participare na-

turam contractus, loquitur contra l. vltim. C. de donat. cauſ. mort. ibi, [*Neque ex quacunque parte abſimilis eſſe intelligatur.*]

Denique quod negat, adultum donare mortis cauſa poſſe, perperam negari oſtendemus capite ſequenti, ſicut ſæpe perperam negatur illa conſequentia; Teſtamentum facere poteſt, ergo & donare mortis cauſa poteſt; Probatur enim ex l. cum hic ſtatus. §. ſimiles, ff. de donatio. inter vir. & vxor. [*Nā & mortis cauſa donare poterit*, inquit text. *cui teſtari permiſſum eſt.*]

Capvt LXI.

Adultus minor 25. annis curatorem habens, poſſitne mortis cauſa donare abſque eius conſenſu & autoritate.

QVæſtio igitur eſt controuerſa: Vtrum adultus curatorē habens donare poſſit mortis cauſa abſq; conſenſu & autoritate curatoris. Et donare poſſe affirmant Baldus *in l. 1. ff. de tutel. & ratio diſtrah.* Alexan. *in l. ſi curatorem habens, C. de integr. reſtitut. minor.* Iaſon *in l. 2. de leg. 1.* *Alciatus in l. 2. numero 2. ff. de verb. obligat. & alij, quos refert & ſequitur Tiraquellus ad l. ſi vnquam, in verbo donatione largitus, num. 253. C. de reuoc. donat.* quibus & ipſe aſſentior.

Fundamentum illud eſt ſolidum, quia citra omnem controuerſiam adultus teſtamentum facere poteſt ſine conſenſu curatoris; Tantum enim impuberibus prohibita eſt teſtamenti factio. Igitur & donare mortis cauſa poterit, Hanc conſequentiam probat text. in l. cum hic ſtatus, §. ſimiles. ff. de donat. inter vir. & vxor. [*Nam & mortis cauſa donare poterit* (inquit textus) *cui teſtari permiſſum eſt*] Et in l. Marcellus, ff. eod. tit. & in l. filiusfam. ad fin. ff. de donat.

Pro contraria ſententia allegantur Bald. *in c. 1. § item ſacramenta, n. 16. de pace iuramen. firmand.* quatenus ibi dicit iuramentum requiri in donatione ab adulto facta. *Alexan. in l. ſecunda, num. 15. de legat. 1.* & ibidem Ripa *num. 10.* clare hanc ſententiam amplexus eſt, licet non bene alleget Baldum, *in c. 1. de probibita feudi alienat. per Frider.* Eandem ſententiam ſecutus eſt Aretinus *in l. ſi curatorem habens, num. 3. C. de integr. reſtit. min.* Allegatur etiam Franciſcus Crementis, *ſing. 118. Hæres minoris.* ſed mihi videtur potius contrariam ſententiam amplecti.

Fundamentum illud eſt: quoniam iure cautum non reperitur, adultum donare mortis cauſa poſſe ſine conſenſu curatoris. Nec obſtat, quod poſſit teſtari, quia ratio diuerſitatis eſt inter factionem teſtamenti, & donationem. Primo, quia teſtamenti factio non poteſt ex alieno arbitrio pendere, *l. illa inſtitutio. ff. de hered. inſtit.* at donatio cauſa mortis poteſt, quod patet: nam filiusfamil. donare poteſt cauſa mortis patre conſentiente, *l. tam is. § 1. ff. de donat. cauſa mortis.* Secundo, quia teſtamento hæres inſtituitur, & ſucceſſor defuncti, quod eſt fauorabile valde, quæ ratio ceſſat in donatione mortis cauſa.

Addit Ripa aliam rationem ex l. filiusf. §. pari ratione. ff. de donat. quatenus ibi dicitur eadem ratione, qua filiusfamil. inter viuos donare prohibetur, prohiberi etiam mortis cauſa donare. Sic enim argumentatur: Adultus inter viuos donare prohibetur ſine conſenſu curatoris, *l. ſi curatorem habens, C. de integr. reſtit.* Ergo & donare mortis cauſa.

Reſpōdeo, quod attinet ad primum, ſatis cautum eſſe legibus noſtris, adultū donare poſſe cauſa mortis, cum teſtari poſſit: & is, qui teſtari poſſit, etiam donare mortis cauſa valeat. Neque enim omnes iuris articuli ſigillatim legibus comprehendi potuerunt, *l. non poſſunt, ff. de legibus.*

Ad rationem diuerſitatis inter teſtamētum, & donationem mortis cauſa, reſpondeo, licet in aliquibus differant, tamen regulam eſſe firmam, & argumentum regulariter ſumi poſſe, vt qui teſtari poſſit, etiam mortis cauſa donare poſſit.

Ad rationem Ripæ reſpondeo, filiumf. donare non poſſe inter viuos; quia permiſſa ei non eſt libera peculij adminiſtratio; & eadem ratione nec donare mortis cauſa poſſe. Hæc eſt ſententia Iuriſconſulti *in dicta l. filiumfamil. §. pari ratione. ff. de donat.* Sed

non inde generalis regula recte ſumitur. Qui donare inter viuos nõ poteſt, nec mortis cauſa donare poterit. Adde differentiæ rationem eſſe inter donationem inter viuos, & mortis cauſa, illa enim reuocari non poteſt, hæc autem poteſt, nec effectum habet, niſi morte donatoris ſecuta.

Capvt LXII.

Vtrum vſurarius manifeſtus, qui teſtari prohibetur, etiam mortis cauſa donare prohibeatur, ante præſtitam cautionem de reſtituendis vſuris?

VSurarius manifeſtus teſtamentum facere non poteſt ante præſtitam cautionem de reſtituendis vſuris, *c. quanquam, de vſuris, lib. 6.* Sed controuerſia eſt, an donare mortis cauſa poſſit: Affirmant Baldus *in l. executorem, nu. 11. C. de execut. rei iudicat. & in conſ. 298. lib. 2.* Caſtrenſis *in conſ. 160. lib. 1. Imola in l. tam is, ff. de donat. cauſa mortis. Decius in conſ. 196. Probus in dicto c. quanquam, n. 15. de vſuris, lib. 6.* Eandem ſententiam ſecutus eſt Couar. *in rubr. de teſtament. in 3. parte, num. 11.* Niſi donatio in fraudem fiat, quod præſumitur, quando eſt omnium bonorum. Item, niſi in teſtamento fiat, quia ſicut teſtamentum non valet, nec valere poteſt mortis cauſa donatio in eo facta: quod tamen non procedit, quoties interponitur ſtipulatio: tunc enim videre eſſe contractus: quanquam in hoc vltimo contrarium docuerit Ripa *in l. 2. num. 9. de leg. 1.*

Fundamentum huius ſententiæ eſt, quia donatio cauſa mortis nõ eſt teſtamentum. Atqui Summus Pontifex *in d. c. quanquam,* de teſtamento loquitur, ergo non prohibetur donatio cauſa mortis. Præſertim, quia donatio cauſa mortis, videtur potius participare naturam contractus, quam vltimæ voluntatis, dum fit, & celebratur iuxta cõmunem diſtinctionem doctorum *in l. 2. de leg. 1. de qua per Couar. in rubr. de teſtament. in 3. parte, & per Gomeſium Variar. reſolu. tit. de Contractibus, cap. 13. n. 16.*

Sed contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico, quam amplexi ſunt Gloſſ. *in d. c. quanquam.* quatenus dixit, eam conſtitutionem procedere in qualibet vltima voluntate. Conſtat enim donationem cauſa mortis, ſpeciem eſſe vltimæ voluntatis, *l. vlt. C. de donat. cauſa mortis. Bald. in conſ. 294. lib. 2. Lapus allegatione 125. Laurentius de Rodulphis, de vſuris, quæſt. 100. Ioannes de Anania in c. quia in omnibus, colum. 16. de vſuris. Philippus Francus ad rubr. de teſtament. lib. 6. n. 34. Socinus ad l. 2. nu. 6. de legat. primo. & ibidem Ripa, num. 7. qui ambo, non eſſe ab hac ſententia recedendum, monent.*

Fundamentum eſt primo, quia Pontificis Maximi Conſtitutio, fauore animæ concernit, ideo facile extendi poteſt, ac debet. Secundo, quia ſi permiſſa fuiſſet mortis cauſa donatio, facile eluderetur ea Conſtitutio. Nam vſurarius donaret mortis cauſa omnia ſua bona. Tertio, quia ſi vſurarius manifeſtus teſtamentum facere non poteſt, ſequitur, vt nec codicillos facere poſſit, *l. Diui. § codicillos, ff. de iure codicill.* nec legata relinquere. Nam is legare poteſt, qui teſtamentum facere poteſt, *l. 2. de leg. 1.* Conſequenter, nec donare mortis cauſa: quod enim iuris eſt in legatis, idem & in mortis cauſa donationibus accipiendum eſt, teſte I. C. *in l. illud, ff. de donat. cauſa mortis.*

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, negari non poſſe, quin aliud ſit teſtamentum, aliud donatio mortis cauſa, ſed tamen per conſequentiam quandam Summi Pontificis Cõſtitutio, quæ de teſtamentis loquitur, trahi debet etiam ad mortis cauſa donationem, vt dictum eſt.

Non obſtat, quod dicitur, vbi fraus ſit, donationẽ infirmari poſſe, quia conſultius eſt fraudis occaſionem euitare. Et cum hæc interpretatio fiat contra manifeſtos vſurarios, quamuis lata ſit, iuſta tamen videtur ad crimen vſurarum compeſcendum, quod ſummo ſtudio in ea conſtitutione conatus eſt Pontifex Maximus efficere,

CAPVT LXIII.

Donatio mortis cauſa poßitne reuocari ex pœnitentia donatoris abſque hærede decedentis.

EXiſtimo reuocari poſſe. Hæc eſt enim natura donat. cauſſa mort. vt pœnitentia donatoris reuocetur, *l. vbi ita donatur, ff. de mort. cauſa. donat. §. 1. Inſtit. de donat.* Nec contrarium in eo caſu, quo donator abſque hærede deceſſerit, conſtitutum reperitur. *Ita docent Iaſon ad l. qui Romæ. §. Flauius, numero 31. ff. de verb. obligat. Dec. ad l. non omnis, col. 3. ff. ſi cert. pet. Ripa in l. 2. de leg. 1. Corn. in conſil. 68. libro 3. Couar. ad Rubr. de teſtam. part. 3. num. 24.*

Contrarium reſponderunt Angelus, Imola, Aretin. & Alexan. *num. 10. in d. §. Flauius, Socin. in l. non omnes, ff. ſi cert. pet. Marſil. ſingul. 63.*

Fundamentum eſt in l. 1. ff. qui ſine manumiſ. ad libert. perueniunt. Paulus: [*Si ſeruus venditus eſt, vt intra certum tempus manumittatur, etiamſi ſine hærede deceßiſſet & venditor & emptor, ſeruo libertas competit, & hoc Diuus Marcus reſcripſit. Sed etſi mutauerit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit.*]

Reſpondeo, nullum verbum hic de donatione cauſſa mortis, ſed de libertate agitur, cuius cauſa multa ſunt contra Regulas Iuris conſtituta.

CAPVT LXIV.

Si filiusfam. teſtamentum faciat cum conſenſu patris, adiecta clauſula codicillari: Si non valet iure teſtamenti, valeat iure codicillorum, & cuiuscunque vltimæ voluntatis, vtrum in vim donat. cauſa mortis valere poßit?

FIliumfam. teſtamentũ facere non poſſe etiam cum conſenſu patris certum eſt, *l. qui in poteſtate, ff. de teſtam.* ſed controuerſia eſt, an ſi fiat patre conſentiente, adiecta clauſula codicillari: Si non valet iure teſtamenti, valeat iure codicillorum, & cuiuſcunque vltimæ voluntatis, vtrum valere poſſit in vim donationis cauſa mortis? Cõſtat enim filium fam. donare cauſa mortis poſſe patre conſentiente, *l. filiusf. §. pari ratione, ff. de dona.*

Et quidem non valere, autores ſunt Specul. *in tit. de fide inſtrumen. §. compendioſè, verſic. quid ſi filius.* & multi alij, *quos refert & ſequitur Socin. ſenior in conſ. 112. nu. 7. verſ. ſed contrariam ſententiam, libr. 1.* Fundamentum eſt; quia requiritur patris conſenſus expreſſus; *vt in d. l. filiusfamil. §. pari ratione, ff. de don.* Hac in ſpecie autem expreſſus non videtur: Ergo non valet donatio.

Cæterum, contrariam ſententiam & veriorem, & communiorem eſſe non dubito, quam amplexi ſunt Paulus Caſtrenſis *in l. qui in poteſtate, nu. 6. ff. de teſtam.* Alexan. *in l. Senium, nu. 8. C. qui teſtam. facere poſſ. Clarus alios citans, §. donatio, quæſt. 6. verſ. ſed quæro, tu ſcis. Viglius in §. qui alieno, num. 10. in Inſtit. quibus non eſt permiſſum facere teſtam. Rolan. à Valle in conſil. 68. num. 9. lib. 4. Anton. Teſſaurus deciſ. Pedemon. 150. num. 12.*

Fundamentum eſt, quia certum eſt illa verba: [*Et cuiuslibet alterius vltimæ voluntatis.*] Quæ continentur in Clauſula Codicillari, non poſſe in alia ſpecie vltimæ voluntatis verificari, præterquam in donatione cauſa mortis, quia teſtator dixit: [*Si non valet iure teſtamenti, valeat iure Codicillorum, & cuiuſcunque vltimæ voluntatis.*] Præter Teſtamentum autem & Codicillum eſt donatio cauſſa mortis, & ſic de ea teſtator intellexit, *arg. l. 2. ff. de lib. & poſt hum. & l. fundus qui locatus, ff. de fundo inſtruct.*

Quod autem patris conſenſus hic accedat, ex eo patet, quod nos præſupponere oportet filiũ patre præſente aut certè cõſentiente teſta. facere, in eoq; clauſulam illam Codicillarem adijcere. Nõ obſtat id, quod dicebatur eiuſmodi conſenſum debere eſſe expreſſum, & tacitum non ſufficere, *l. filiusfam. §. pari ratione, ff. de donat.* quia non eſt hęc ſententia text. in d. §. pari ratione. Sed alia, nimirum, patris cõſenſum generalem filio præſtitum, vt donare poſſit, non ſufficere; ſed ſpecialem requiri, vt mortis cauſſa donare poſſit; quia ſcilicet, cõſenſus ita generalis, de donatione inter viuos erit accipiédus.

dus. Verba text. hæc ſunt: [*Sed enim meminiſſe oportebit, & ſi cui donare quoq; permiſſum eſt, niſi ſpecialiter etiã mortis cauſa donare fuerit permiſſum non poſſe mortis cauſa donare.*]

CAPVT LXV.

Legato Caſtro cum pertinentiis, an etiam bona particularia & prædia contineantur?

CElebris eſt cõtrouerſia, legato Caſtro cum pertinẽtijs, an prædia, & ſimilia bona particularia, quæ ibi poſſidentur à teſtatore, legato contineantur; Qua de re, atque in vniuerſum, an conceſſo Caſtro, cenſeantur etiam prædia, & alia bona particularia conceſſa, multa extant Doctorum reſponſa, alijs affirmantibus, alijs vero negãtibus. *Vide Imolam, Alexan. & Aretinum, ad l 3. ff. de acquir. poſſeſſ. eundem Alexandrum in conſil. 222. in fine, lib. 3. & in conſ. 14. circa finem, lib. 7. Aretinum in conſ. 15. Baldum & Afflictum, & alios, in titul. de Capitaneo, qui curiam vendidit. Iaſonem in l. vltim. ff. de conſtit. Principum, & in l. quo minus, in 20. quæſtio. ff. de flumin. Ruinum in conſil. 45. lib. 1. Socinum iun. in conſil. 160. num. 32. libro ſecundo, & in conſil. 106. nu. 3. eodem libro. Cur. iun. in conſ. 158. Alciatum in conſ. 33. n. 5. in 3. Tomo. Albam in conſ. 78. n. 12. Nattam in conſ. 313. Beroum in conſ. 51. li. 2. dominum meum Cephalum in conſil. 3. nu. 45. in conſil. 144. libr. 1. & in conſ. 250. numer. 15. lib. 2. Rolandum à Valle in conſil. 33. lib. 4. Andream Siculum in conſ. 57. col. 10. lib. 4. Hippolytum Riminaldum in conſil. 19. lib. 1. Crauettam in conſ. 480. n. 3. lib. 3. conſ. 345. num. 10. eod. lib. & 895. num. 4. lib. 5. Antonium Gabrielium commu. concl. lib. 6. tit. de verb. ſign. concl. 10. Manticam de coniect. vltim. volunt. lib. 9. tit. 2. num. 34. Simonem Pratum de interpr. vltim. volunt. lib. 4. dubitatione 7. nu. 45. Menochium in conſil. 140. lib. 2. & de Præſumpt. libr. 3. præſumpt. 99.*

Qui affirmarunt prædia etiam cõtineri, adducti in eam ſententiam fuere: quoniam verbum, pertinere, latiſſimam habet ſignificationem, *l. verbum illud pertinere, ff. de verb. ſign.* & ideo pertinentiarum nomine contineri videtur, quæ quoquo modo Caſtro ac cedunt, & ad illud ſpectãt, qualia ſunt prædia, molendina, & alia bona, quæ dominus Caſtri habet in eodem loco.

Cæterum, negantes celebri illa, & communiter recepta Innocentij traditione nituntur, in c. cum ad ſedem, de reſtit. ſpoliat. vbi docet, pertinentias eas dici, quæ Lege vel ſtatuto, vel cõſuetudine deputatæ ſunt, Caſtro autem nihil corporale deputatum eſſe, quod ſit eius pertinens, ſed tamen ab hominibus, & eorum ſtatutis certum territorium aſſignari ſolitum, quod illi in iuriſdictione, & dote debeat reſpondere.

Egò in duobus caſibus exiſtimauerim, Caſtro legato, contineri etiam prædia, & alia id genus bona particularia. Primus eſt, quando vno eodemque tempore titulo & pretio ſimul cum Caſtro comparata fuere, *arg. l. prædiu. §. qui domũ, de leg. 3.* vbi Papinianus ſcribit; appellatione domus, inſulam quoque iunctam domui videri legatam, [*Si vno pretio cum domo comparata fuiſſet.*] Secundus caſus eſt, quando conſtat patremfam. [illegible] fuiſſe prædijs tanquam pertinentibus ad ipſum Caſtrũ. Noſtra enim deſtinatione & vſu pertinentiæ conſtitui dicuntur, *argum. l. quod in rerum. §. ſi quis poſt, de leg. 1. l. prædiu. §. qui domum, de leg. 3. l. Caius. §. 1. de leg. 2. l. ficus ædes, de leg. 3. tradunt Tiraquel. de retract. conu. [illegible] §. 36. Gloſ. 3. n. 4. Ruin. in conſ. 71. lib. 2. D. C[illegible] in d. conſ. 164. n. 17. lib. 1. Menoch. d. con[ſ.] 140. n. 24. Burſatus in conſ. 2. n. 49. lib. 1. Sim. Pratus de interpret. vltim. volunt. lib. 4. dubit. 7. nu. 39. Andreas Gaill lib. 2. Obſer. 62. n. 4.*

Extra duos hoſce caſus nullum video argumentum pro affirmante ſententia. Nec me mouet verbum, pertinere, quia latiſſima eius ſignificatio in hoc conſiſtit, quod refertur ad res, quæ dominij noſtri [ſunt], & quæ iure aliquo poſſidemus, vel poſſidere poſſumus, aut acquirere. Sed non hoc pertinet ad quæſtionem, an pertinentiæ Caſtri dicantur prædia, & ſimilia. Vt enim ad teſtatorem maxime pertineant, non tamen efficitur eadem ad Caſtrum pertinere [illegible] ut dicere ſolemus, alia eſſe inſtrumenta [do]mus, vel fundi, alia patrisfam[ilias], *l. [illegible] §. ſi domus, [ff.] de fundo inſtru. Paulus C[illegible] conſ. 377. nu. 1. lib. 1.*

Ca[put]

CAPVT LXVI.

Fideicommiſſum in dubio, vtrum præſumatur relictum à filio impubere, an verò ab hærede eius?

PAter filium impuberem hæredem inſtituit, & ſi in pupillari ætate deceſſerit, bona ſua ad Titium peruenire iubet, aliiſve vtitur verbis imperſonalibus, quibus neque impuberem filium rogat, neque eius hæredē legitimum ab inteſtato venientem; ſed tamen expreſsè conſtituit fideicommiſſum, quo bona ſua Titio reſtituantur. Controuerſia eſt: vtrum in obſcura voluntate teſtatoris ea adhibenda ſit interpretatio, vt videatur ipſe filius impubes rogatus reſtituere; an verò heres legitimis ipſius filij impuberis. Quæ quidem inueſtigatio non modici momenti eſt: quoniam ſi filius rogatus eſſe intelligatur, tunc locus erit detractioni legitimæ; quia illa excipienda eſt de reſtitutione, & detractione etiam Trebellianicæ. Cæterùm, ſi hæres filij rogatus eſſe intelligatur, ceſſabit legitimæ detractio. Nam hæres non poteſt eam ſuo nomine detrahere, quoniam illi non debetur. Non filij nomine eam detrahere poteſt: quia rogatus per fideicommiſſum reſtituere non intelligitur.

Fideicommiſſum ergo in dubio videri à filio ipſo impubere relictum, Bart. reſpondit in l. cohæredi, §. quod ſi hæredem, ff. de vulg. num. 2. [*Secundò nota*, inquit, *& perpetuò tene menti, quod in dubio fideicommiſſum videtur relictum ab ipſo filio inſtituto impubere, licèt relinquatur poſt mortem ſuam, vt hic dicit text. ibi, Vt ab impubere, &c.*] Idem reſpondit Paul. Caſt. in conſil. 341. *num. 4. verſic. tertiò oppono, lib. 1. & in conſil. 67. in fin. lib. 2. Curtius ſen. in conſil. 42. num. 19. Socin. iun. in conſil. 131. numer. 76. lib. 1. Galliaula ad l. Centurio, num. 188. ff. de vulg. Matheſilanus Notabili 162. Ruinus in conſil. 52. num. 1. & 96. num. 7. lib. 2. Rubeus in conſil. 157. num. 6. Socinus ſen. in conſil. 140. num. 4.*

Cęter[illegible]n, contr[illegible]n[illegible]ntiam, nempè, ab [illegible]ede [illegible] t[illegible], ſecuti ſunt Imola *in d. l. cohęredi, §. cum filia, numer. 7. ff. de vulg.* Fulgoſius *in l. exæribus, numer. 3. C. de inoffic. teſtam. & ibid. Paulus Caſtr. num. 4. & 5. Alexand. in d. §. cum filia, num. 6. & in l. 1. §. vlt. num. 3. ff. eod. tit. & in conſil. 12. numer. 24. lib. 3. Iaſon in l. precibus, numer. 15. C. de impub. & alijs quòs refert, & ſequitur Franciſcus Mantica de coniecturu vlt. volunt. lib. 7. tit. 3. poſt num. 5.*

Cæterùm, inter huius ſententiæ authores Bart. etiam tanquam ſibi contrarius recenſetur, ſed, vt mihi videtur, iniuria, in l. qui duos, ff, de vulg. verba eius hæc ſunt: [*Vltimò quæro, qualiter fuerunt concepta verba, quando legata fuerunt à ſubſtituto relicta. Dicit gloſſ. quod dicit, ſi talis intra pupillarem ætatem deceſſerit, lego tibi centum, quod tene menti, & ſic non dici lego à ſubſtituto, ſed ſimpliciter dicit, lego tibi centum, & tamen gloſſ. dicit, quòd ex ipſis verbis videtur relictum à ſubſtituto. Contra hoc videtur textus ſuprà, l. proxima, §. cùm filia, verſ. Quod ſi heredem, Sol. Poſſumus dicere, quòd ibi verba fuerunt prolata ad ipſum impuberem; quoniam ipſum impuberem grauauit, ſed hic ſimpliciter fuerunt prolata, Vnde cùm referantur poſt mortem, videntur relinqui à ſubſtituto, arg. l. Codicillis, in princip. de vſufructu legat. Et hoc puto verum in ſubſtitutione directa: In ſubſtitutione verò fideicommiſſaria, an videantur legata relicta ab herede vel fideicommiſſario, dic plenè, vt dixi in l. Marcellus, infra ad Trebell. &c.*]

Hoc in loco Bartolus locutus eſt, quando filio impuberi pater dedit ſubſtitutum, & quæſtio eſt; an legata videantur relicta à ſubſtituto, an verò ab impubere. Et dicit videri relicta à ſubſtituto. At ſuprà *in l. cohæredi. §. quod ſi hæredem. ff. de vulg.* locutus non eſt Bartol. de filio impubere, cui datus eſt ſubſtitutus, ſed quæſtionem poſuit, vtrum à filio ipſe impubere fideicommiſſum relictum videatur, an verò ab hærede eius. Quæ ſpecies longè differt ab ea, de qua loquitur in d. l. qui duos.

Vnum tamen dixit, & verè Bartolus in d. l. qui duos quod videtur fundamentum tollere eius ſententiæ, quam adnotauit in d. l. cohæredi. §. quod ſi hæredem, Nam ex d. §. quod ſi hæredem, notauit, fideicommiſſum in dubio relictum cenſeri à filio impubere. At in d. l. qui duos, obſeruauit textum in d. §. quod ſi hæredem loqui eo in

 caſu,

caſu, quo verba fideicommiſſi dirigantur ad ipſum filium, & ſic filius ipſe rogatus eſt. Et verum eſt hoc, quia textus in d. §. quòd ſi heredem, ita loquitur. Sic enim ait: [*Quod ſi hæredem filium pater rogauerit, ſi impubes diem ſuum obierit, Titio hereditatem ſuam reſtituere, &c.*]

Tertiam opinionem colligit Iacob. Menochius ex diſtinctione Aretini *in l.* 1. §. *vlt. num.* 20. *ff. de vulg. quam ſecutus eſt in conſil.* 144. *numer.* 25. *verſic. Quintus eſt caſus, lib.* 2. *& latè de præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 72. *num.* 14.

Sed, quoniam in primo caſu Aretinus loquitur, quando filio impubere datus eſt ſubſtitutus, poſt cuius mortem hæreditas reſtituenda eſt, & tunc onus reſtitutionis dicit iniunctum eſſe ſubſtituto; Ideò hic caſus ad rem noſtram non pertinet, quia nos loquimur, quando dubitatur, verum ab impubere filio, an autem ab hærede eius relictum ſit fideicommiſſum; non autem verum ab impubere, vel eius ſubſtituto, ſeu hæredibus ipſius ſubſtitui. Et conſequenter diſtinctio illa tertiam opinionem conſtituere non debet.

Huius igitur ſententiæ poſterioris, quæ docet fideicommiſſum ab hærede filij impuberis relictum videri, illud eſt fundamentum, quòd legata & fideicommiſſa ab hærede legitimo filij impuberis relinqui poſſint, l. ſi Titio 95. §. 2. cum l. ſeq. de leg. 1. [*Sicuti conceditur,* inquit Iulianus, *vnicuique ab eo, ad quem legitima eius hereditas, vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſum dare: ita ab eo, ad quem impuberis filij legitima hereditas, vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſa rectè dabuntur.*]

Cùm igitur fideicõmiſſa ita relinqui poſſint ab hærede filij impuberis, ſicut ab ipſo filio impubere, in dubio videtur ea præſumptio magis veriſimilis, vt ab hærede relicta cenſeantur, ne filius grauatus eſſe præſumatur, ſed potius hæres eius: præſertim, quia fideicommiſſum, ſiue reſtitutio poſt mortem filij confertur. Et hæc præſumptio magis fauet voluntati teſtatoris, vt tota hæreditas reſtituatur abſque detractione legitimæ.

Fundamentum verò prioris ſententiæ, quæ à filio impubere docet relictum cenſeri fideicommiſſum, primo ponitur [illegible] cohæredi, §. cùm filiæ verſ. Q[illegible] hæredem. ff. de vulg. ibi, [*Vt ab [illegible] miſſo poſt mortem eius dato, &c.*] [illegible] ſi pater, de teſtam. in 6. [illegible] to à contrario ſenſu. Nam ibi paup[illegible] mortem filiorum fuerant ſubſtituti, & [illegible] citur, legitimam & Trebellianica[illegible] hi non poſſe, quia illa ſubſtitutio [illegible] directa pupillaris: Ergo in[illegible] ſenſu textus, ſi fideicommiſſaria [illegible] cum fore deductioni legitimæ.

Sed valde infirmum eſt [illegible] tum: Nam quod attinet ad [illegible] cùm filiæ, verſic. Quòd ſi hærede[illegible] teſtatoris in ea ſpecie directa ſun[illegible] & ille rogatus eſt reſtituere. Q[illegible] loquitur ibi Iuriſconſultus in [illegible] non autem in dubio, vti nos lo[illegible] [*Quod ſi hæredem filium pater roga[illegible]*] inquit textus. Quod verò attinet ad [illegible] pater, nihil vrget argume[illegible] à c[illegible] ſenſu: quia contrarius ſenſus in e[illegible] verificari, quòd ſi fideicom[illegible] tutio facta eſſet ipſis filijs, & ſic gr[illegible] ſent ipſi filij onere reſtitutionis, [illegible] eſſet detractioni legitimæ, Nulla e[illegible] ceſſitas nos cogit argumentum à c[illegible] ſenſu ſumere, quando non [illegible] uati, ſed hæredes eorum, q[illegible] rur Summus Pontifex, cum v[illegible] commiſſi ſiue reſtitutio[illegible] lia, nec intelligi po[illegible] ad [illegible] Ponit enim caſum in [illegible] facta verbis illi[illegible]: [*Chri[illegible] hæredes, &c.*]

Sed licèt hoc fundame[illegible] lidum, hæc tamen ſenten[illegible] lior videtur hoc argum[illegible] cur legata & fideicom[illegible] ſint ab hærede impuberis [illegible] qui poſſunt ab hærede ip[illegible] la eſt; quia cenſentur tac[illegible] teſtatore, dum pup[illegible] alios no[illegible] filius impubes [illegible] quenter vo[illegible] mos ab inte[illegible]

de iure codicill. quam ob rem & eos grauare poteſt legatis, & fideicommiſſis. Sed quando talis ex facto proponitur facti ſpecies, in qua poſt impuberis mortem alteri reſtituenda ſit hæreditas, certè non videtur eſſe probabilis coniectura, vt eos grauare teſtator velle credatur, quibus nihil reliquit, nec tacitè, nec expreſsè, ſiquidem, hæreditas tunc poſt mortem impuberis ad alios pertinet, ex voluntate teſtatoris expreſſâ. Duæ igitur hoc in caſu neceſſariæ ſunt præſumptiones. Prima, quòd teſtator tacitè voluerit impuberis hæreditatem ad hæredes eius legitimos peruenire, & huic præſumptioni aduerſatur expreſſa aliorum vocatio, ac fideicommiſſaria ſubſtitutio: Secunda, quòd hæredes legitimi ipſius impuberis videantur rogati reſtituere alteri hæreditatem. Et huic præſumptioni obſtat illa ratio, quòd ipſi non ſunt vocati, nec ſunt honorati: Et ideò nec onerati præſumendi ſunt, *l. ab eo, C. de fideicommiſſ. cum ſimil.*

CAPVT LXVII.

Bonorum appellatione in legatis, vtrum venalia contineantur.

NEgari non poteſt, quin aliqua ſit controuerſia Doctorum hac in re, *ex notatis à Pinello ad rubr. C. de bonis maternis, in 1. parte, numer. 38. Menochio lib. 4. de præſumpt. c. 137. num. 6.* Sed tamen vera & recepta eſt diſtinctio, quam Bartol. indicauit *in l. generali. §. vxori, ff. de auro & arg. leg.* Aut aliquis legat omnia ſua bona ſimpliciter ſine alicuius loci adiectione, & tunc legato continentur etiam res venales; quia ipſa verborum ſignificatio omnia includit, *arg. l. Iulianus, de leg. 3. l. Pediculis, §. Labeo. ff. de auro & arg. legat.* Aut verò quis legat omnia bona ſua cum adiectione loci, vtputà: lego omnia bona, quæ domi habeo; & tunc res venales legato non continentur, l. generali. §. vxori. ff. de vſufruct. leg. Scæuola: [*Vxori vſumfructum domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus erant, excepto argento, legauerat.* Et paulò infrà: *Reſpondi, excepto argento, & his, quæ mercis cauſſa comparata ſunt, cæterorum omnium vſumfructum habere legatarium.*] Qua in re illud omittendum non eſt, iniuriam à Pinello factam videri Decio, quaſi non benè hanc rem percepiſſet, nec illum textum, nec Bartolum benè allegaſſet. Nam in l. 1. num. 24. de regul. iuris, ita ſcribit Decius: [*Nam in legato generali eorum, quæ in domo ſunt, non veniunt venalia, l. generali, §. idem quæſijt, &c.*]

Et alibi etiam ſemper allegauit Bartol. in §. vxori, ſed facit aliquam difficultatem, quod etiam ſi nulla ſit mentio adiecta loci, non videntur tamen legato generali venalia contineri, l. pediculis, §. item cùm quæreretur, ff. de auro & arg. leg. Paulus: [*Item cùm quæreretur de tali legato: hoc amplius filia mea dulciſſima è medio ſumito, tibique habeto ornamentum omne meum muliebre cum auro, & ſi qua alia muliebria apparuerint. Cùm teſtatrix negotiatrix fuerit, an non ſolum argentum, quod in domo, vel intra horreum vſibus eius fuit, legato cedat: ſed etiam quod in baſilica fuit muliebre: Reſpondi, ſi teſtatrix habuit proprium argentum ad vſum ſuum paratum, non videri id legatum, quod negotiandi cauſſa venale proponi ſoleret, niſi de eo quoque ſenſiſſe, is qui petit, probet.*]

Idem probatur in l. ſeruos, de leg. 3. Vlpianus: [*Eum qui venalitiam vitam exerceat, puto non facilè contineri velle eiuſmodi mancipia: niſi euidens voluntas fuerit etiam de his ſentientis. Nam quos quis ideo comparauit, vt illicò diſtraheret, mercis magis loco, quàm ſuorum habuiſſe credendum eſt.*]

Non probatur Ario Pinello ſolutio Accurſij *in d. §. Item cùm quæreretur, in verbo, non videri*, teſtatorem videri legatum reſtrinxiſſe, cùm dixerit, meum: quia tacitè intelligitur illud verbum, meum, nec enim exemplum aliquod legati rerum teſtatoris fingi poteſt ſine pronomine illo. Ideò reſpondet ipſe, in dictis legibus, non agi de legato generali rerum vel bonorum; ſed potius certæ cuiuſdam ſpeciei bonorum, vt patet. Sed non mihi probatur hæc ſolutio Pinelli. Primò, quia Doctores non diſtinguunt inter legatum generale bonorum, vel legatum generale certorum bonorum. Secundò, quia nulla eſt ratio diuerſitatis. Tertiò, quia vera & plana ſolutio colligitur ex circumſtantia particulari, quam

in dictis legibus conſiderant Iuriſconſulti, nempe, perſonæ ipſius teſtatoris, ſiue teſtatricis legantis; ex qua eius voluntatem conijciunt. Nam Paulus loquitur de teſtatrice, quæ erat negotiatrix, & in eo fundat ſuam deciſionem: [*Cùm teſtatrix fuerit negotiatrix,* inquit, *&cat.*] Rationem Vlpianus adfert, ſimiliter ſupponens teſtatorem venalitiam artem exercuiſſe: [*Eum qui venalitiam vitam exerceat*, inquit, *non puto facilè contineri velle eiuſmodi mancipia. Nam quos quis ideò comparauit, vt illicò diſtraheret, mercis magis loco, quàm ſuorum habuiſſe credendum eſt.*]

Cùm igitur teſtator eſt mercator, & generaliter legat certa quædam bona ſua, intelligitur ea legare, quibus ipſe vtitur, non autem ea, quæ mercis cauſſa habet. Hæc enim non videtur habere in numero ſuarum rerum; ſed ea tantum, quæ habet, vt ipſe vtatur, non vt diſtrahat. Non igitur verba legati reſtrictionem inducunt in caſibus prædictis, ſed voluntas teſtantis, quæ colligitur ex qualitate.

Capvt LXVIII.

De dictione (ſeu) in legatis appoſita, vtrum vim habeat ampliandi legati, ad interpr. l. ſi quis ita. ff. de auro, & argento leg.

Pavlvs ita ſcribit: [*Si quis ita legauerit, vxori meæ mundum, ornamenta, ſeu quæ eius cauſa paraui, do, lego, placet omnia deberi, ſicut etiam ita legatur: Titio vina, quæ in vrbe habeo, ſeu in portu, do, lego: hoc enim verbum, ſcilicet, (ſeu) ampliandi legati gratia poſitum eſt.*] l. ſi quis ita, ff. de auro & argento leg.

Huius authoritate reſponſi Alexand. ab Alexand. *dier. Genial. lib. 2. cap. 3.* reſpondit, cùm ita quidam legaſſet; Fundum ſuburbanum, ſeu ædes meas, quæ in via lata ſunt, Titio lego. vtrumque Titio deberi, atque ita à iudicibus ſententiam latam fuiſſe. Atque ita dictionem iſtam, ſeu, in legatis ampliandi gratia poſitam cenſeri, ipſumque legatum ampliare docuerunt *in expoſitione eius legis* Bartolus & Albericus, Antonius Butrius *in cap. inter cæteras, de reſcript.* *Cynus, Baldus, Caſtrenſis, & Iaſ. ad l. cùm quidam, C. de verbor. ſignific. Alexand. in conſil. 195. lib. 2. Cremenſis ſing. 56. Alciat. ad l. ſæpè. ff. de verb. ſignific.*

Sed contrarium, & me[illegible]us docuerunt Baldus, Decius, Socinus & Ripa, *num 44 in d. cap. inter cæteras, de Reſcriptis.* & quidam [illegible], quos refert & ſequitur Couarr. *var. reſolut. lib. 2. cap. 5. numer.* 10. nempe dictione[illegible], ſeu, etiam in legatis ſuam naturam obtinere, & ſic diſiunctiuè accipiendum eſſe, vt aliàs accipitur, *l. 1. §. ſublata, ff. ad Trebell. l. generali, C. de Sacroſanct. Eccleſ.* quandoquidem [illegible]d reſponſum Pauli nihil obſtet. Nam illud, quod Paulus reſpondit, locum habet, cum dictio, ſeu, appoſita eſt inter ea, quorum vnum ſub altero continetur: tunc enim vim habet coniungendi, & am[illegible] electa ea parte, quæ vtrumque complectitur. Declaro. Teſtator dixit: [*Vxori meæ lego mundum, ornamenta, ſeu, quæ eius cauſa paraui.*] Hic mundus, & ornamenta continentur ſub ijs, quæ vxoris cauſa parata ſunt. Nam hęc proculdubio vxoris cauſa parari ſolent, *l. argum. §. ornamenta. ff. de auro, & argento leg.* Conſequenter omnia debentur legatariæ: quia dictio, ſeu, eſt poſita inter genus & ſpeciem, ideò ſub genere continentur ſpecies. Sic & cùm teſtator legat vina, q[illegible] in vrbe habet, ſeu in portu, omnia debentur, quia ſub nomine eorum, quæ ſunt in vrbe, continentur etiam quæ ſunt in portu, l. Cæſar. ff. de publican. ibi, [*Reſpondit, tametſi portus quoque, qui in Inſula eſſent, omnes eius Inſulæ eſſe viderentur, &cat.*] Iuuat hanc ſententiam quod latè ſcribit Felinus *in c. Rodulphus. num. 7. de Reſcriptis.* Ciuitatis appellatione [illegible]am portum contineri, & mari illi adiacens, quod ibi latè proſequitur.

Capvt LXIX.

Controuerſia circa ſententiam Alberti Papienſis de Teſtamento ad alterius interrogationem, an valeat?

Cvm teſtator Notario accerſito [illegible]uit, vt ſuam vltimam voluntate[illegible] ſcriberet; is verò eam ſcripto co[illegible] teſtibus vocatis recitat, & cum interrogat

an

an hæc fuerit eius voluntas, & ſit; iſque reſpondit eſſe: non eſt dubitandum, quin valeat huiuſmodi Teſtamentum, l. hac cõſultiſſima. C. qui teſtam. fac. poſſ. illis verbis: [*Patebit eis licentia voluntatem ſuam ſiue Teſtamento, ſiue Codicillis tenore compoſitam, cui velim ſcribendam, credere, vt in eodem loco poſtea conuocatis teſtibus, & tabulario, re etiam, vt dictum eſt, patefacta, cuius cauſa cõuocati ſunt, etiam cartula promatur, quã ſuſceptã teſtatori recitabit tabularius ſimul, & teſtib. vt vbi tenor eorum cunctis innotuerit: elogiũ ipſe ſuum profiteatur agnoſcere, & ex animi ſui, quæ lecta ſunt, diſpoſuiſſe ſententia.*]

Atque ita docet Gloſſ. *in l. iubemus, in verbo, Quemadmodum, C. de Teſtam.* quo communi omnium calculo recepta eſt. Sed illud eſt controuerſum: Si quis non à teſtatore requiſitus, ſed vel de eius informatus voluntate, vel cogitans quo pacto de rebus ſuis prudenter is teſtari, ac diſponere poſſet, atque deberet, eidem Teſtamentum teſtibus præſentibus legit, & eum interrogat, an velit ita teſtari: ipſe vero reſpondet, ſe velle ita teſtari: Vtrum valeat huiuſmodi Teſtamentum? Etenim Albertus Papienſis negabat valere, *quem refert & ſequitur Ioan. Andreas in addit. ad Specul. titul. de Teſtamentis. §. in primis, numer. 8. in verbo, Quidam Pileus. Idem reſpondit Ludouicus Romanus in conſil. 306. ad finem. Iaſon in dicta l. iubemus, ad finẽ, C. de Teſtam. Marſilius ſingulari 449. Teſtamenta. Iulius Clarus in §. Teſtamentum, quæſt. 37. verſic. Tertio ſcias. Ioan. Crotus in l. 1. §. ſi quis ita, nu. 21. ff. de verborum obligat. Calcaneus in conſil. 91. num. 2.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Alexander *in conſ. 33. nu. 11. lib. 3.* Socinus iunior, *in conſ. 178. n. 9. 10. lib. 2.* Menochius *in conſ. 45. nu. 34. lib. 1. & de præſumptio. lib. 4. præſumpt. 8. num. 16.*

Prioris ſententiæ fundamẽtum eſt, quia hæc forma teſtandi non eſt iure inducta; ergo nec nos eam inducere debemus. Et quia daretur occaſio falſum committendi, & fabricandi in Teſtamentis.

Poſterioris autem fundamentum eſt in ea communi, & recepta ab omnibus ſententia. Teſtamentum valere etiamſi fiat ad alterius, vt dicitur, interrogationem, *vt patet ex l. Pamphilo. §. propoſitum, de legat. 3. & ex d. l. hac conſultiſſima. C. qui teſtam. fac. po.*

Et licet leges hæ loquãtur, cum præceſſit teſtatoris iuſſus, & declaratio voluntatis ſuæ, quod ſcilicet, volebat teſtari, tamen eadem eſt ratio: & in ea ſpecie, de qua agitur, quia cum legitur ei Teſtamentũ, & audit omnia, poteſt, ſi velit, vel conſentire, vel diſſentire, & ſuam voluntatem tunc declarare. Quare, ſi cõſentiat, & approbet ipſam ſcripturam teſtamenti, iam manifeſta eſt eius voluntas, perinde, ac ſi ab initio mandaſſet teſtamentum ſcribi, & ſuam apparuiſſet voluntatem. Et huic ſententiæ ſi nulla fraudis in hypotheſi ſuſpicio ſit, teſtatorque ſanæ mentis exiſtat, ego etiam aſſentior.

Capvt LXX.

Teſtamentum poſterius factum ad alterius interrogationem, an tollat primum ſolenniter confectum?

Amplius controuertitur in eadem materia teſtamenti facti ad alterius interrogationem, vtrum tollat prius Teſtamentum ſolenniter factum. Affirmant Roman. *in conſ. 526. in ſecundo dubio.* Alexan. *in conſ. 33. n. 11. lib. 3.* Decius *in conſ. 489. nu. 9.* Socinus iun. *in conſ. 144. n. 56. lib. 2.* Ruinus *in conſil. 12. num. 11. lib. 2.* Menoch. *de præſump. lib. 4. præſumpt. 8. nu. 21.*

Negant vero Paulus Caſtrenſis *in conſ. 155 viſo puncto, ad finem, lib. 1.* Guido Papæ *in conſ. 64. circa finem.* Socinus ſen. *in conſ. 92. nu. 77. verſ. Sed præmiſſis non obſtantibus, li. 3.* Socinus iun. *in conſ. 183. n. 34. li. 2.* Zaſius *in cõſ. 3. n. 38. lib. 1.* Clar. *in §. Teſtam. q. 37. verſ. Quarto ſcias.*

Argumenta huius poſterioris ſententiæ ſunt tria: Primum, quia vt Teſtamentum ad alterius interrogationem valeat, id facit fauor cauſæ teſtati, vt ſcilicet, quis teſtatus decedat, ſed hæc ratio ceſſat, cum iam aliud prius Teſtamentum factum eſt, vt patet, ergo ceſſare debet communis illa ſententia Doctorum.

Secundum argumentum eſt: quia quod Teſtamentum valeat ad alterius interrogationem, illud iure communi conſtitutum

non eſt: ſed ex Doctorum interpretatione receptum eſt. Ergo eiuſmodi Teſtamentum nõ eſt tam validum & forte, ſicut primum, quod iure ipſo cõmuni valet, & ſolenniter cõfectum eſt. Neq; enim id, quod minus eſt forte, tollere poteſt magis forte, & validũ.

Tertium argumentum eſt; quoniam duo ſpecialia non debent ſimul concurrere, *vt notatur in l. 1. C. de dotis promiſſ.* Sed hoc in caſu concurrerent duo ſpecialia, ſi primũ Teſtamentum tolleretur. Primum, quia valeret ipſum Teſtamentum, licet ad alterius interrogationem factum. Secundum, quia eſſet aptum, & potens ad tollendum primum ſolenniter confectum.

Fundamentum autem prioris ſententiæ illud eſt: quia Teſtamentum ad alterius interrogationem factum valet, ex communi omnium ſententia: ſi valet, ergo eſt ſolenne, & nihil ei deeſt. Conſequenter tollit prius Teſtamentum, quia poſteriore Teſtamento valido tollitur primum, *§. poſteriore, in Inſtit. Quib. mod. Teſtam. infirm.*

Ego puto ſententiam affirmantem potiorem eſſe, ſi agatur de Teſtamento ad alterius interrogationem facto, *prout loquitur Gloſ. in L. iubemus, in verſ. quemadmodũ. C. qui teſtam. fac. poſſ.* ſecus autem ſi verſemur in exemplo, ſiue in caſu Alberti Papiẽſis, de quo dictum eſt in præcedenti cap. nam in ſpecie hac poſteriori nulla eſt Lex certa, ſeu conſtitutio, qua nitatur: ſed in priore caſu, de quo Gloſſ. loquitur, extat locus *in d. l. hac conſultiſſima, verſ. At cum humana fragilitas, C. qui teſt. fac. poſſ. & in d. l. 1. Pamphilo, §. Propoſitũ, de leg. 3.* Et plerunq; ita accidit, vt Teſtator ſuam voluntatem Notario ſignificet: is vero eam conſcribat, & cõſcriptam teſtibus adhibitis prælegat, & teſtatorem interroget, an ita velit teſtari. Cum itaque talis forma teſtandi iuri ſit conſentanea, conſequens eſt, vt & Teſtamentum ita factum iure ſubſiſtat, & rumpat prius Teſtamentum.

Ex quo reſponſio patet ad argumenta in contrarium. Nam ad primum reſpondeo, non ex ſpeciali fauore cauſſæ teſtati receptum id eſſe, vt valeat Teſtamentum ad eiuſmodi interrogationem factum, ſed quia id iuri conſentaneum videtur.

Ad ſecundum reſponſio patet: quo[illegible] verius eſt iuri communi id eſſe conſentaneum, & legibus cautum: non autem duntaxat ex Doctorum interpretatione.

Ad tertium negatur id eſſe ſpeciale, vt valeat Teſtam. [illegible] immo ſecundum ipſas i[illegible] regulas id procedit.

Caput LXXI.

Si filius ſub conditione caſuali, vel mixta [illegible]rit heres inſtitutus, verum hodierno iure [illegible]leat teſtamentum, & in hoc correcta ſit l. ſi pater. C. de inſtitut. & ſubſtitutio.

Alexander Imperator: [*Si pater filium, quem in poteſtate habebat, ſub conditione, quæ in ipſius poteſtate non erat, heredem ſcripſit, nec in defectum eius exheredauit, iure teſtatus non videtur,*] *l. 4. C. de inſtit. & ſubſtit.*

Iam controuerſia eſt, ſitne idem reſp[illegible]dendum nouiſſimo iure inſpecto. Nega[illegible]rum Bartol. *in commentariis dictæ legis,* & cum eo alij multi, *quos refert, & ſequitur [illegible] in [illegible] teſtamentum, q. 39. verſ. Sed quæro. quis [illegible] Vaſquium de Succeſſionum creatione, lib. 3. q [illegible] parte 2. limit. 34. n. 111. Ceterum, affirmant [illegible]ti alij, quos refert & ſequitur Socinus ſenior in conſil. 97. n. 3. lib. 3.*

Pro huius quæſtionis deciſione notandum eſt, Iuſtinianum multas edidiſſe C[illegible]ſtitutiones in fauorem teſtamenti, ne [illegible]cet, actione mota de inoff[illegible]o teſtame[illegible]to reſcinderetur. Et in pr[illegible] ſtatuit, vt [illegible] filio minus legitima portione relinqueretur, non ideo tamen reſcindi poſſet teſtamentum; ſed actio concederetur ad rep[illegible]dam ipſam legitimam portionem, vulgo dicimus ad ſupplementum legitimæ *l. omnimodo. C. de inoffic. teſtam.* Sed quoniam eu[illegible]nire poterat, vt legitima quidem portio [illegible]ta filio relinqueretur, ſed tamen adi[illegible] aliquibus conditionibus, vel dilatio[illegible], ſtatuit, vt pure, & abſq; omni condi[illegible], onere & grauamine relinq[illegible], & [illegible]tio ipſa, onus & grauamen pro non [illegible] habeantur *l. quoniam in prioribus. C[illegible]*

Tertio, & illud etiam proſpexit, [illegible] quam

quam legitima portio filio relinqueretur, puta tota hæreditas per fideicōmiſſum ſub conditione, vt quantum ad legitimam portionem attinet, illam filius ſtatim & abſque omni dilatione, & mora conſequeretur: quantum vero ad reſiduum hæreditatis, illud reſtitueretur, quemadmodum teſtator diſpoſuiſſet, *l. ſcimus. §. cum autem. C. eo. tit.* Verba ſunt iſta: [*Cum autem qui extraneo hærede inſtituto, filio ſuo hæreditatem ſuam reſtituere cum moriatur, diſpoſuerit, vel in tempus certum reſtitutionem diſtulerit: quia noſtra conſtitutio, quæ antea compoſita eſt, omnem dilationem, omnemq́ moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pura, & mox, filio reſtituatur: in huiuſmodi ſpecie quid faciendū ſit dubitatur. Sancimus itaq; quartæ quidē partis reſtitutionē iam nunc celebrari, non expectata nec morte hæredis, nec temporis interuallo, reliquum autem, quod poſt legitimam portionem reſtat, tunc reſtitui, quando teſtator diſpoſuit.*]

Poſtremo, Nouella ſua Iuſtinianus ſtatuit, vt filius inſtitui deberet, vel ex iuſta cauſa exhæredari, & honorabili titulo inſtitutionis legitimam eſſe relinquendam, *vt in Authen. Vt cum de appellatione cognoſc. §. aliud quoque capitulum.*

Omnis ergo difficultas in hoc conſiſtit: an cum filius hæres inſtitutus eſt, ſub conditione caſuali, vel mixta, ſuſtineri poſſit teſtamentum, aliqua ratione ex dictis Iuſtiniani Conſtitutionibus.

Et quidem conſtat inter omnes, iuuari non poſſe ex l. omnimodo, quia illa loquitur, cum minus legitima portione relictum eſt. Bartolus igitur exiſtimauit iuuari poſſe *ex d. l. quoniam in prioribus, & d. l. Scimus. §. cum autem*, in hunc modum, vt quantum ad legitimam attinet portionem, filij inſtitutiō facta intelligatur eſſe pura, & conditio pro non ſcripta habeatur. Si dicatur textum *in §. cum autem*, locum non habere hodierno iure: quoniam filio legitima relinqui debet inſtitutionis titulo, reſpondit Bart. id non obſtare, quia licet in eo ſit correcta: in alijs tamen ſeruari debet.

Sed mihi certe hanc rem diligenter contemplanti, contraria ſententia verior videtur. Principio enim ſatis conſtat, nullam eſſe Iuſtiniani legem, aut Nouellam Conſtitutionem, qua expreſſe derogatum ſit Conſtitutioni, quę eſt in l. ſi pater. C. de inſtit. & ſubſtit. Deinde, ſatis durum videtur, cum hodierno iure neceſſario ſit legitima filio relinquenda titulo inſtitutionis: antiquo autem iure ſufficeret eam relinquere quocunque titulo: antiquis legibus eſſe cōſtitutum, vt teſtamentum iure non valeret, in quo filius ſub conditione caſuali, vel mixta inſtitutus eſſet, *vt in d. l. ſi pater.* iam vero contrarium ſit dicendum, hoc inquam tēpore, quo filiorum inſtitutioni plus honoris tributum eſt, quam olim.

Tertio, non videtur ad hanc rem pertinere Conſtitutio d. l. quoniam in prioribus, nec Conſtitutio d. §. cum autem. illa enim loquitur eo in caſu, quo teſtamentum valet, ſed reſcindi poteſt per querelam, vt patet ex illis verbis: [*Illud ſtatuimus, vt ſi quid minus legitima portione iis relictū ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem mouere poterant, hoc repleatur, &c.*] Item loquitur, quando ſola legitima filio eſt relicta, adiecta conditione, vel grauamine. Id patet ex illis verbis: [*Hoc in præſenti addendum eſſe cenſemus, vt ſi conditionibus quibuſdam, &c.*]

Conſtitutio vero de qua in §. cum autē, loquitur eo in caſu, quo teſtamentum valet: quia extraneo inſtituto, filio aliquid relictum eſt, immo tota hęreditas per fideicommiſſum conditionale relicta eſt, qui caſus lōge differt ab hoc noſtro. Nam ſublata conditione, quantum ad legitimam filij, reliquum hæreditatis manet apud extraneum hæredem inſtitutum, tunc præſtandum, quando teſtator diſpoſuit. Sed vbi filius ipſe ſolus hæres inſtitutus eſt, ſub tali conditione, non poteſt hoc modo legitima ſeparari à reliqua hæreditate. Nam ſi illa ſeparetur, quantum ad reſiduum hæreditatis, impleri non poterit teſtatoris diſpoſitio: quoniam etiamſi conditio defecerit, ſemper filius obtinebit etiam reliquum hæreditatis. Id probatur: Nam ſi cōditio deficiat, nihilominus filio totum reſiduum accreſcet, quia eſt perinde, ac ſi pure in legitima inſtitutus eſſet: quo caſu cum nullus alius hæres inſtitutus ſit, tota ad eum ſpectat hęreditas, *l. 1. §. ſi hæres ex fundo. ff. de hæred.*

hæred. inſtitut. Neque enim cætera pars hæreditatis conditione deficiente pertinere poteſt ad legitimos hæredes teſtatoris: quia ius noſtrum non patitur, vt pro parte quis teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat. Ergo contra voluntatem teſtatoris totam hæreditatem filius obtineret, etiam conditione deficiente, quæ ratio non habet locum in ſpecie, de qua loquitur textus in d. §. *cum autem.* quoniam ibi alius fuit hæres inſtitutus, ad quem deficiente conditione ſpectabat hæreditas.

CAPVT LXXII.

Cur Prætor hæredem facere non poſſit, ad interpretationem. §. quos autem, in Inſtit. de bonor. poſſeſſ.

IMperator ſic ait: [*Quos autem ſolus vocat Prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipſo iure fiunt: nam Prætor hæredē facere non poteſt. Per legem enim tantum vel ſimilem iuris Conſtitutionem hæredes fiunt, veluti per Senatuſconſulta, & Conſtitutiones Principales. Sed cum eis Prætor dat bonorum poſſeſſionem, loco hæredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores.*]

Controuerſia eſt, cur Prætor hæredem facere non poſſit. Prima eſt ſententia Alberici, *ad Rubric. C. qui admitti ad bonorum poſſeſſ.* cauſam eſſe, quia iure ciuili alius iam factus erat hæres, ſcilicet fiſcus, deficientibus ſuis, & agnatis, quare, is non poterat deſinere hæres eſſe, *l. eſt ſi fine, §. ſed quod Papinianus in fin. ff. de minoribus.*

Sed obſtat huic ſententiæ, quod licet ius ciuile deferat alijs hæreditatem, nō tamen ij neceſſario hæredes efficiebātur, ideo potuiſſet Prætor alios interea hæredes facere. Huc accedat, quod per legem fieri poteſt, vt qui ſemel eſt hæres, deſinat hæres eſſe, *vt declarat Decius, in l. poſt aditam, poſt principium. C. de impub. & aliis ſubſtit.*

Secunda eſt ſententia Pauli Caſtrenſis *in d. Rub. C. qui admitti*, cauſam eſſe: quia Prætor non habet poteſtatem legis condendæ, licet eius edicta vim legis obtineant, *§. Prætorum quoque, in Inſtit. de iure natur. gent. & ciuil.*

Sed obſtat ſecundum Decium, qu[illegible] Prætorum edicta vim legis obtinent, [illegible] ratio videtur prohibere, quo[illegible] dem facere poſſint, ſicut per [illegible] fieri poſſe hæredem.

Tertia eſt ſententia ipſius D[illegible] *Rub.* Prætorem hærede[illegible] non ſolum: ſic enim Iuſti[illegible] *tem ſolus vocat Prætor, &c.*] Quare [illegible] lege poterit Prætor hæredem [illegible]

Sed aduerſatur huic ſenten[illegible]æ, q[illegible] ſolum Imperator dicit, Præt[illegible] facere non poſſe, ſed n[illegible] abſolute facere poſſe hæred[illegible] *enim tantum*, inquit, *vel ſimil*[illegible] *tionem hæredes fiunt.* Etſi legis c[illegible] tor habuit poteſtatem, vt De[illegible] nulla eſt ratio, cur & ipſe hæ[illegible] etiam ſolus non potuerit.

Quarta eſt ſententia Alcia[illegible] *gon, cap. 3.* Is dicit, Prætorem non [illegible] poteſtatem legis condendæ, [illegible] Tabular. Sic enim lex dicebat. [illegible] *prætor, qui priuata iudicet, induat* [illegible] *tor eſto. Is Iuris ciuilis cuſtos eſto.* [illegible] quit Alciatus, Prætor con[illegible] poſſeſſionem ei, qui à iure [illegible] hæres eſt factus, & tunc [illegible] ge, non autem ex edicto Præ[illegible] tor cōcedit bonorum poſſeſſio[illegible] ius Ciuile non agnoſcebat: & [illegible] hæreditarium delatum erat [illegible] Ciuili, ipſe hæredem facere [illegible] quoniam ius directum [illegible] à lege, ipſe vero leg[illegible] tem non habebat.

Sed hæc ſententia non [illegible] qua Prætorem habuiſſe p[illegible] condendæ, colligi vide[illegible] *de Magiſtratibus Romanorum, cap.* [illegible] *tat Zaſius in commentariis ad* [illegible] *ru. Ioan. Suhard. in Rub.* [illegible] *eandem ſententiam tradit Co*[illegible] *offic. Prætoru, c. 1.*

Quinta eſt ſente[illegible] *tationum iuris cap.* [illegible] do præpoſitum [illegible] proponeba[illegible] ad [illegible] dicta referebat, dic[illegible]

tium dabo, &c.] Quare, ſi v. g. filius emancipatus admitti ſe ad ſucceſſionem patris defuncti cupiebat, Prætorem adire cogebatur, & ab eo bonorum poſſeſſionem accipere, quare id quod dicitur. Prætorem hæredem facere non poſſe, hunc ſenſum habet: eum, qui ex Prætoris edicto ad defuncti ſucceſſionem vocatur, non poſſe *ipſo iure*, id eſt, per ſe ipſum, hæredem fieri; ſed Prætoris decretum requiritur: licèt is, qui à lege ad hæreditatem vocatus eſt per ſe hæreditatem adire, & hæres fieri poſſit.

Sed repugnat huic ſententiæ, quòd ea admiſſa ſequeretur, ſi Prætor aditus ab huiuſmodi filio emancipato, & ſimilibus voluiſſet eos hæredes facere, eum potuiſſe, atque id Bellonus fatetur: ſed repugnat text. Iuſtiniani. [*Prætor*, inquit, *hæredem facere poteſt.*]

Sexta eſt ſententia Iacobi Cuiacij *in notis ad Inſtitut.* Prætorem hæredem facere non poſſe; quia nec dominum facere poteſt: hæres enim eſt dominus, & idem dixit Weſembecius *in eundem locum*, & latè eandem ſententiam proſequitur Raynald. Corſius, *lib. 3. Indagationum iuris, cap. 4.*

Sed oppono huic ſententiæ textum *in l. 2. ff. de bonor. poſſeſſ.* ibi: [*Dominus ergo ſit bonorum poſſeſſor.*]

Cogitabam dici poſſe hanc eſſe Iuſtiniani ſententiam, eos, quos Prætor vocat ad hæreditatem, non fieri hæredes, *ipſo iure*, id eſt, Iure Ciuili, ſicut in Inſtit. *de perpetuis, & tempor. actio. §. non autem*, ait idem Imperator, [*omnes actiones, quæ in aliquem aut ipſo iure competunt, aut à Prætore dantur, &cæt.*] Illa verba, *ipſo iure*, intelliguntur, id eſt, Iure Ciuili. Non poteſt igitur Prætor hæredem facere in hunc modum, vt Iure Ciuili hæres fit: quia per legem tantùm vel ſimilem iuris conſtitutionem hæredes fiunt Iure Ciuili. Sed loco hæredis erit, ſic *in l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falſo tutor autor.* dicit text. [*Tunc enim valebit per Prætoris tuitionem, non ipſo iure.*] Ius enim Prætorium, adiuuandi, vel ſupplendi, vel corrigendi Iuris Ciuilis gratia introductum eſt, *l. ius autem ciuile. §. ius Prætorium, ff. de iuſt. & iure.* & viua vox Iuris Ciuilis eſt, *l. nam ipſum. ff. eo.* ſed non dicitur Ius Ciuile, ita, vt idem ſit Iure Ciuili aliquid conſtitutum eſſe, vel iure Prætorio, ſiue per Prætorem. Differunt enim hæc, vt patet. Et ideo dicit Imperator, eos non *ipſo* iure hæredes eſſe; quia Prætor non poteſt facere, vt aliquis ſit hæres ipſo iure, ſcilicet, ciuili: ſed decreto tamen ipſius Prætoris pro hærede habebitur. Sed de Scholaſtica quæſtione liberum cuique iudicium eſto.

Capvt LXXIII.

Quæ ſit edictalis, & decretalis bonorum poſſeſſio?

Non eſt exploratum apud iuris authores, quæ ſit edictalis, & quæ decretalis bonorum poſſeſſio, quamobrem inter noſtros interpretes eſt controuerſia.

Accurſius *in l. 1. §. decretalis. ff. de ſucceſſor. edicto, & in l. 3. § causa cognita. ff. de bonor. poſſ. ff.* & cum eo Bart. *ibi. § à municipibus.* Decius *in Rubr. C. qui admitti, num. 27.* Sichard. *ibid. num. 24.* & ante eos Aretinus, & alij, *quorum ſententiæ Zaſius ſubſcribit, in l. qui cum, num. 6. ff. de except.* docent edictalem eſſe, quæ datur ex edicto Prætoris mortui; Decretalem verò, quæ ex edicto Prætoris viui. Edictalis, reſpicit ius quærendum. Decretalis, ius quæſitum. Per edictalem ius conſequimur petendi Decretalem. Per Decretalem acquirimus actionem, quæ vocatur bonorum poſſeſſoria hæreditatis petitio.

Sed obſtat huic ſententiæ, quòd ea admiſſa; nulla poſſet dari perfecta bonorum poſſeſſio ſine Iudicis decreto, ſiquidem edictalis indiget Decretali, & per eam peruenitur ad Decretalem. At contra hoc eſt text. *in l. 2. §. dies. ff. quis ordo in bonor. poſſ. ff. ſeruet.* [*Dies*, ait Iuriſconſultus, *bonorum poſſeſſionis vtiles eſſe palàm eſt, ſed non ſeſſionum numerabuntur, ſi modò ea ſit bonorum poſſeſſio, quæ de plano peti potuit, quod ſi ea, quæ cauſæ cognitionem deſiderat, aut quæ decretum expoſcit, &cæt.*] Quibus verbis apparet, aliquam eſſe bonorum poſſeſſionem, quæ Decretum non requirit.

Alciatus *ad l. delata. ff. de verbor. ſign.* exiſtimat Decretales eſſe bonorum poſſeſſiones extraordinarias, quæ ius non tribuunt, vt eſt illa, quæ ex Carboniano edicto, quæ

ventris nomine, & quæ litis agnoſcendæ gratia datur quoniam hę potiſſimùm à Decreto Prætoris pendent, ab eoque ſubſtantiam accipiunt. Edictales autem eſſe eas, quæ ordinariè dantur, & ius tribuunt, vt bonorum poſſeſſio, Vnde liberi, Vnde legitimi, & ſimiles.

Hæc ſententia quatenus docet, edictales eſſe bonorum poſſeſſiones ordinarias, probatur ex l. filium. §. ſi quis contra, ff. de legatis præſtand. quem text. citat Cuiacius *in notis ad Inſtit. tit. de bonor. poſſeſſ.* Sed quatenus docet Decretales eſſe extraordinarias, quæ ius non tribuunt, vera non videtur, *argum. l. 1. §. Decretalis. ff. de ſucceſſ. edicto*, quem textum vrget Cagnol. *in Rubr. C. qui admitti, numer. 115.* Nam ibi expreſſa fit mentio bonorum poſſeſſionis Decretalis, quam tamen extraordinariam non eſſe ex eo conſtat, quod in illo titulo ſemper agitur de ordinarijs bonorum poſſeſſionibus, quæ ius tribuunt, & nullum fit de extraordinarijs verbum, *vt latè Cagnolus deducit.*

Iacobus Menoch. *de adipiſcen. poſſeſſ. rem. 1. numer. 16.* dicit, Edictalem eſſe, quæ datur ex Prætoris edicto, competitque illis perſonis, quæ verbis ipſius edicti comprehenſę ſunt. Extraordinaria dicitur, cauſaque cognita aliquando datur, aliquando ſine cauſæ cognitione, *l. 2. §. dies. ff. quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruet.* Decretalem verò, quæ datur ei, qui verbis quidem edicti non eſt comprehenſus, ſed Prætor æquitate motus eam concedit. Exemplum eſt in l. ex duobus. §. filius. ff. de bonor. poſſeſſ. contra Tab. in l. 1. §. nepos. ff. ſi quis à parente fuerit manumiſſ. Vel, ſi edicti verbis eſt comprehenſus, res tamen eget declaratione, & decreto Iudicis, propter controuerſiam illi ab aduerſario motam, *vt in l. 1. §. ſiea. ff. de ventre in poſſ. mitt.* Vel quando edictum moderatione indiget, *vt in l. Salutus Ariſto, ff. de leg. præſt.* vel quando alterius nomine bonorum poſſeſſio petebatur, *vt in l. 1. ff. de bonor. poſſeſſ. infans furioſ. & c. in l. 1. §. furioſo. ff. de ſucceſſ. edicto, in l. 2. §. ſi quis ex lib. ff. ad Tertyl. in l. penult. ff. de bon. poſſeſſ. in l. ſi infanti, C. de iure delib.*

Ego in tanta obſcuritate, poſtremæ huic ſententiæ calculum præbeo meum, quod enim viro præſtantiſſimo opponam, nihil habeo.

Capvt LXXIV.

In obtinenda bonorum poſſeſſione ſi[illegible], [illegible] niſſimo inſp[illegible]o, decretum Prætoris neceſſarium.

Hvic controuerſiæ cauſam at[illegible] Alc. *lib. 2. Paradoxor. c. 13.* Nam cùm [illegible] ſit communis ſententia, decretum nec[illegible]larium non eſſe, ex l. vlt. C. qui admitti [illegible] contrarium docet. Videam[illegible]s, r[illegible]ctè [illegible] perperam. Ait Conſtanti[illegible]us *in d. l.* [illegible] *verborum inanium excludimus* [illegible] *obſeruari decernimus, vt apud qu*[illegible] *vel etiam apud Duumuiros qualis cunque* [illegible] *complectenda hæreditatis oſtendatur. ſtat*[illegible] *iure temporibus coarctanda, &c.*]

Alciatus reſpondet, nullum verb[illegible] in ea lege de Decreto Iudicis, q[illegible]lata eius neceſſitas, ſed ſublatas e[illegible] dicit [illegible]nes verborum captiones, ſci[illegible]cet, p[illegible]onis bonorum poſſeſſionis. Quamob re[illegible] Iuſtinianus *in l. vltim. §. nos* [illegible] *C* [illegible]*at. furioſ.* dicit, petitionem bo[illegible] poſſeſſionis ſublatam fuiſſe à Co[illegible] [*Cùm petitio bonorũ poſſeſſionis C*[illegible]*ge ſublata ſit.*] Aliud eſt autem pet[illegible] Decretum, vt patet. Adde quod Iuſtinianus *in loco citato*, æquiparat illa[illegible] b[illegible] poſſeſſionem ei, quæ furioſo d[illegible] ſed furioſo non datur bon[illegible]ru[illegible]o abſque Decreto: Igitur Decret[illegible]ſſarium eſt.

Sed videamus an [illegible] N[illegible]etitio ſolennis eſt ſublata, & [illegible] bet teſtatio volunta[illegible], quod [illegible]mplecti quis velit hæred[illegible]tate[illegible] opus aliquo Decreto Iudi[illegible]s [illegible]neceſſe illud petere, ergo nec[illegible] quia non petenti non da[illegible], *ar*[illegible]*4. § Hic autem iudicium. ff. de d*[illegible] Conſtantinus vul[illegible] amplectendæ hæreditatis ap[illegible]r Iudicem ſiſt[illegible]er[illegible] Conſtat [illegible]nes Iudices Decre[illegible]er[illegible] *l. ea quæ. §. Ma*[illegible] *ad mu*[illegible]

Amplius, q[illegible] ibi [illegible] verba *in d. l. vltim. § nos autem*, [illegible]

rioſ. [*Licentiam damus, eam bonorum poſſeßionem agnoſcere, quæ ante ex Decreto dabatur;*] Si etiam nunc neceſſarium eſſet decretum, cur dixiſſet *antea ex decreto dabatur?* Non itaque hac in re Alciato aſſentior, ſed potius eum refellenti Bellono *lib. 4. Supput. iur. c. 1.*

CAPVT LXXV.

Vtrum filiusfamilias, cui bonorum poſſeßio delata eſt eam agnoſcendo, & petendo aliquid adquirat ſibiipſi?

SI filiofamilias delara ſit bonorum poſſeſſio, vtrum eam petendo, & agnoſcendo, ſibiipſi adquirat emolumentum, controuerſia eſt inter Doctores, ſi ad antiqnas leges reſpiciamus, non autem, ſi ad poſteriores. Vtrumque caput huius quæſtionis ordine explicabimus.

Quod attinet ad leges veteres, filiumfamilias ſibi bonorum proprietatem acquirere Lancellotus Politus docuit, *tract. de vulgari ſubſtitut. numer. 43.* & Alciat. *lib. 4. Paradoxorum, cap. 3.* qui tamen de bonis maternis tantùm loquitur; ſed ſatis eſt ad controuerſiam inducendam, quoniam cæteri Doctores contrarium docuerunt, nempè, patri, non autẽ filio in poteſtate, acquiri proprietatem bonorum. *Vide interpretes in l. 1. C. qui admitti ad bonorum poſſ. ff. & Pinellum ad l. 1. C. de bon. matern. in 1. parte.*

Argumenta prioris ſententiæ ſunt iſta. Primum, ex l. 1. C. qui admitti, ibi: [*Emolumentum etiam patri allatura.*] Illa dictio, *etiam*, implicare dicitur, & arguere etiam filio aliquod emolumentum adquiri, nempè proprietatem; Patri verò vſumfructum, quod ſignificare videtur etiam ipſum verbum, *Emolumentum* enim ſignificat vtilitatem, quam ſanè ex rebus afferre ſolet vſusfructus, vt notum eſt.

Secundum eſt, ex l. cùm oportet, *C. de bonis quæ lib.* vbi textus ita dicit: [*In veteris Iuris obſeruatione, multas res eſſe animaduertimus, quæ extrinſecus ad filiosfamilias veniunt, & minimè patribus adquiruntur, quemadmodum in maternis bonis.*]

Hęc poſtrema verba indicant, bona materna patri non acquiri ſecundùm leges veteres.

Tertium eſt, ex *l. penultima. ff. ad Tertyll.* vbi dicitur: [*Sacratiſſimi Imperatoris noſtri oratione cauetur, vt inteſtatæ matris hæreditas ad filiumfamilias pertineat.*]

Si ad filiumfamilias tunc matris pertinebat hæreditas; Ergo filio adquirebatur, & non patri. Pertinere enim ad nos id dicitur, quod noſtram vtilitatem continet, *l. ſi quis ex argentarijs, §. pertinere. ff. de edendo.*

Quartum, ex l. filius. *ff. de inoffic. teſtament.* vbi habetur, patrem poſſe filij nomine inofficioſum dicere matris teſtamentum, & ſi in eo iudicio vincat, commodum victoriæ filio ſuo parare.

Quibus argumentis nil morantibus, contrariam ſententiam veriorem eſſe puto. Nam ſecundùm leges veteres, quicquid filius acquirebat, patri acquirebatur, exceptis Caſtrenſibus, & quaſi, l. 1. ff. ſi quis à parente fuerit manumiſſus. vbi textus: [*Quippe, ſi filiusfamilias eſſet, quodcunque ſibi adquireret, eius emolumentum patri quæreret,*] l. adquiritur, ff. de adquir. rer. dom. ibi: [*Non ſolùm autem proprietas per eos, quos in poteſtate habemus, adquiritur nobis, ſed etiam poſſeßio. Cuiuſcunque enim rei poſſeßionem adepti fuerint, id nos poßidere videmur, & cæt.*] l. 2. C. de patria poteſtate, vbi Antoninus: [*Eius, quod in poteſtate patris agens habuiſti, dominium ad patrem tuum pertinuit, extra ea, quæ non requiruntur.*] Idem habetur *in §. 2. in inſtitut. per quas perſonas nobis adquiruntur*, vbi Iuſtinian. [*Igitur liberi noſtri, quos in poteſtate habemus olim quidem, quicquid ad eos, peruenerat, exceptis videlicet Caſtrenſibus peculijs, hoc parentibus ſuis adquirebant ſine vlla diſtinctione.*]

Ad primum argumentum reſpondeo, dictionem, *Etiam*, in l. 1. C. qui admitti, non implicare in eum ſenſum, quaſi videatur etiam filio emolumentum adquiri, ſed in hunc modum implicare: Bonorum poſſeſſionem peti à filiofamil. poſſe, ignorante patre, & etiam emolumentum allaturam eſſe patri, ſi ratum habuerit; quod magis placet, quàm quod ſcribit Bellonus, *lib. 1. Supputationum iuris, cap. 1.*

Et verbum illud (*Emolumentum*) ſignificat totum, ac plenum dominium, *l. Papinianus,*

§. meminiſſe. ff. de inoffic. teſtament. l. bonorum. C. qui admitti.

Ad ſecundum, ex l. cùm oportet, reſpondet Bellonus *lib. 4. Supputationum iuris, cap. 5.* Iuſtinianum ibi appellare ius vetus, ſcilicet Conſtantini, *l. 1. C. de bonis maternis.*

Sed hæc reſponſio non eſt bona, quia Conſtantini lex non poteſt antiqua dici, ſed potius noua, qua corrigitur ex parte ius antiquum.

Pinellus rectè illa verba: [*Quemadmodum in bonis maternis,*] referenda eſſe ad ea, quæ ſequuntur, non ad præcedentia, hoc modo: [*Inuenimus autem in veteris iuris obſeruatione multas eſſe res, quæ extrinſecus ad filiosfamiliarum veniunt, & minimè patribus adquiruntur.*] Hic eſt punctum. Iam pergit Iuſtinianus: [*Quemadmodum in maternis bonis, vel quæ ex maritali lucro ad eos peruenerint, ita & in iis, quæ ex alijs cauſis filijsfamilias adquiruntur, certam introducimus definitionem.*]

Ex quo patet, non hunc ſenſum colligi ex veteri iure, bona materna parentibus non adquiri; ſed certam definitionem introductam fuiſſe, vt in maternis bonis, & in lucris nuptialibus, ita & in alijs rebus.

Ad tertium rectè etiam Pinellus, & clarius Bellonus *lib. 4. Supputationum iuris, cap. 5.* non eſſe bonam conſequentiam: Bona inteſtatæ matris ad filios pertinent; Ergo patri non adquiruntur. Succedit enim filius, ſed patri adquirit eo iure.

Et verbum illud, [*pertinere*] latiſſimam habet ſignificationem, *l. verbum illud, de verb. ſignificat.* Ideo ad filium pertinere dicuntur, propter ſpem probabilem, quam habet ea bona conſequendi per mortem patris, vel per emancipationem.

Alciatus replicat hanc interpretationem non poſſe defendi; quia Senatuſconſulto Orphitiano iam erat conſtitutum, vt filius inteſtatæ matri ſuccederet, quare non rectè diceretur, oratione Sacratiſſimi Principis id fuiſſe introductum.

Reſpondeo, Sacratiſſimum illum Principem fuiſſe Diuum Marcum, cuius tempore factum eſt Orphitianum Senatuſconſultum, vt meritò dici potuerit eius oratione id cautum eſſe, quod Senatuſconſulto cauebatur, ſicuti pluribus exemplis allatis docet Bellonus *loco annotato*, & Hieronymus Cagnolus, *ad l. 1. numer. 58. C. qui admitti.*

Ad quartum, ex l. filius, reſpondeo, victoriæ commodum parari filio, propter honorem eius, ne videretur matris hæreditate indignus. Nam commodum noſtrum dicitur etiam id, quod ad noſtram dignitatem pertinet, *l. nepos Proculo. ff. de verbor. ſignific.*

Dices, ſi omnia, quæ filius adquirebat, patri ſuo adquirebantur, cur filiusfamilias proprio nomine agere poteſt actione, quod vi aut clàm; item Depoſiti & Commodati, *l. filiusfamilias. 8. ff. de act. & oblig.*

Reſpondeo, eſſe difficilem quæſtionem, ita, vt Bart. dixerit *in d. l. filiusfamilias,* ſe cauſam neſcire. Si quid tamen hac in re, quòd ſit probabile, adferri poteſt, exiſtimo id Alciatum attuliſſe, *in l. cum filiofamil. ff. ſi certum pet.* Cauſam hanc eſſe, quoniam in depoſito & commodato agitur de ſolius detentationis reſtitutione, quod patet: quia etiam fur, & prædo agere poſſunt ex Depoſito & Commodato, *l. 1. §. ſi prædo. ff. depoſ. l. ita. ff. commod.* Huius autem detentationis filiusfamil. capax eſt; quia etiam ſeruus eſt capax, *l. ſtipulatio iſta. §. has quoque de verbor. obligat.*

Dixi in principio capitis, iure nouiſſimo controuerſiam non eſſe in propoſita ſpecie; quia patri bona adquiruntur quantum ad vſumfructum; filijsfamil. quoad dominium, *l. 1. C. de bonis maternis. Conſtantini, l. 1. C. eodem Arcadij. l. 1. C. de bonis, quæ lib. Theodoſij, l. cùm oportet. C. de bonis, quæ lib. Iuſtiniani.*

Capvt LXXVI.

Rurſus de bonorum poſſeſſione filiofamil. delata, ſi is abſque conſenſu patris eam agnouerit & pater non ratificauerit; an filio adquiratur; iſque creditoribus ac legatarijs ſatisfacere teneatur.

Secvndvm leges veteres exiſtimo, bonorum poſſeſſionem filiofamilias non adqui-

adquiri, ſi eam agnouerit abſque conſenſu patris, & pater agnitionem ratam non habuerit, ex l. vlt. ff. quis ordo in bonor. poſſ. ſeruetur. Marcellus: [*Quæri poteſt: ſi cū poſſet filius petere bonorum poſſeſſionem patre ita abſente, vt certiorare eum non poſſit, vel etiam furente: petere neglexerit, an amplius peti non poſſit. Sed vt quid noceat non petitam bonorum poſſeſſionem, quæ ſi petita eſſet, tamen non ante adquireretur, quam pater comprobaſſet?*] Secundum leges nouas contrarium ſentio ex l. vlt. C. de bonis, quæ lib. vbi Iuſtinianus ſtatuit, hæreditatem filiofam. adquiri patre recuſante: [*Siue e contrario*, inquit, *patre recuſante filius adire hæreditatem voluerit, nullam adquiſitionem nec vſumfructum patri offerri, ſed ipſum filium ſibi imputare, ſi quid ex hoc contigerit.*]

Et in hoc fere omnes conueniunt. Cæterum, controuerſia eſt in ea ſpecie, qua filiusfam. patre non ratificante bonorū poſſeſſionem agnouerit, vtrum legatarijs & creditorib. hæreditarijs ſatisfacere teneatur. Nam filiusfam. ex omnibus contractibus obligatur, *l. filiusfam. ff. de actio. & obligat.* Agnoſcendo autem bonorum poſſeſſionem, videtur quaſi contrahere cum legatarijs, & creditoribus, *argumen. §. heres quoque, in Inſtitut. de oblig. quæ ex quaſi contractu naſcuntur.*

Bart. *ad l. qui in aliena. ff. de adqui. hæred.* reſpondit filiumfa. hoc in caſu non obligari, ſicut nec voto obligatur, *l. ſi quis rem. §. voto. ff. de pollicitat.* Videtur enim bonorum poſſeſſio ſimilis eſſe voto: quia illa, ſicut votum conſiſtat in animo agnoſcentis.

Sed reprehenditur hæc ſententia à Caſtrenſi, Alexandro, Aretino. & Iaſone *in d. l. qui in aliena.* quoniam bonorū poſſeſſio non eſt voto ſimilis. Nam olim Decretum Prætoris requirebat, & nunc ſaltem coram Iudice declarationem animi requirit, *iuxta l. vltim. C. qui admitti.* quod votum non requirit.

Et licet Alciatus *libr. 4. Paradoxor. cap. 2.* conetur Bartolum tueri, quem Alciatum refert & refellit Cagnolus *in l. 1. nume. 26. C. qui admitti.* fatetur tamen, ſimilitudinem voti non eſſe aptam, & omnes contractus ab animo pendere demonſtrat.

Secunda eſt ſolutio Alexandri *in dicta l. qui in aliena.* filiumfamilias non obligari hoc in caſu creditoribus, & legatariis, quia nec emolumentum adquirat bonorum poſſeſſionis, *l. ſecundum naturam. ff. de regul. iur.*

Sed hæc ſententia non probatur Decio *in d. l. 1. C. qui admitti.* nec Alciato, *loco ſupra citato.* quia filiusfam. obligatur ex contractibus, quos ipſe facit, *d. l. filiusfam. ff. de actio. & obligat.* cum tamen contractus commodum patri adquiratur, *l. ſeruus vetante, ff. de verbor. oblig.* qui tenetur, quatenus eſt in peculio, *l. 3. §. ſi filio. ff. commod.*

Tertia eſt ſolutio Aretini, *in d. l. qui in aliena.* filiumfam. non obligari agnoſcendo bonorum poſſeſſionem: quia ius eam agnoſcendi non competit filio, ſed patri, licet filius de facto agnoſcat, *l. adquiritur. §. 1. ff. de adquir. rer. domin.*

Sed hanc ſententiam refellit optime Decius *in d. l. 1. C. qui admittit, n. 34.* & Alciat. *li. 4. Paradox. c. 2.* quia ius agnoſcendi vere cōpetit filio. non patri, ſed patri iubenti, vel ratificanti emolumentum adquiritur. Et ideo dicit tex. in d. l. adquiritur. §. 1. [*Etſi iubentibus nobis adierit, hæreditas nobis adquiritur, perinde, ac ſi nos ipſi heredes inſtituti eſſemus.*] Nō autem dicit, ius adeundi adquiri patri.

Quarta eſt ſolutio Iaſonis *in l. 1. C. qui admitti.* hæreditatem eſſe indiuiduam, *l. pen. ff. de adquir. hæred.* & conſequenter etiam bonorum poſſeſſionem: ac proinde cum eius commoda filius non conſequatur, nec ad eum etiam incommoda pertinere.

Refellitur à Decio & Alciato, *locis annotatis*, eam ob cauſam, quod etiam cōtractus ſunt indiuidui, *l. ſi quis aliam, ff. de ſolut.* & tamen filiusfam. contrahendo obligatur, & patri emolumentum quæritur.

Quinta ſolutio eſt Decij *in d. l. 1. C. qui admitti*, filiumfamil. agnoſcentem bonorum poſſeſſionem, animum habere adquirendi patri: & conſequenter, etiam obligandi ipſum patrem, proinde filium nequaquam obligari, ne actus eius contra intentionem operetur. Poſtea idem Decius videtur ab hac ſolutione recedere, & in ea eſſe ſententia, vt filius obligetur, & etiam ſibi

 com-

commodum adquirat bonorum poſſeſſionis, aliter explicans l. vlt. ff. quis ordo in bonorum poſſeſſione ſeruet. Sed vtrumque male: nam quod ait de filij agnoſcentis animo, Alciatus *loco ſuperius annotato* refutat: [*Verum te appello Deci* (inquit Alciatus) *cur non & in contractibus idem præſumimus, cum eorum commoditas ad patrem deuoluatur.*]

Quod autem ſecundo dicit, repugnat l. vlt. Nam ſi patre non ratificante, filio commodum adquireretur, poſſet ab eo peti bonorum poſſeſſio patre abſente & furente. Tunc enim pater certiora non poſſet: Et tamen contrarium docet text. in d. l. vlt.

Sexta eſt ſolutio Alciati, *loco ſuperius allegato*. filium bonorū poſſeſſionem agnoſcētem creditorib. non obligari: quia nullum in eo agnitionis actu credi totum factum interuenit. Cæterum, in alijs contractibus filium obligari: quia aliquod factum creditorum intercedit: Factū enim, in quo quis verſatur, lōge eſt efficacius, quam id, quod per alium iul agenti quæritur.

Refellitur à Bellono. *lib. 3. Supputat. iuris, c. 2.* Nam is, cuius negotia geruntur, actionem habet, *vt in §. 1. & ſeq. in Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contractu, &c.* & tamen eius factum nullum interuenit.

Septima eſt ſolutio Belloni *loco ſupra citato*, quæ eadem eſt cum ſolutione Iaſonis. Eam vero confirmat, quia in hæreditate, & bonorum poſſeſſione commoda non ſeparantur ab incommodis, imo tranſeunt in bonorum poſſeſſorem, *l. 1. ff. de bonorum poſſeſſ.* At in contractibus, quandoq; commoda ab incommodis ſeparantur: nam pupillus contrahendo non obligatur, & tamen alios obligat. *§. 1. in Inſtit. de autoritate tutorum.*

Sed reſpondeti poteſt, ita ſpecialiter in pupillo conſtitutum eſſe, verum in alijs æqualem eſſe contrahentium conditionem.

Ego cogitabam, dici poſſe, filiumfam. non obligari, quia nullius eſt momenti bonorum poſſeſſio agnita ſine iuſſu vel ratificatione patris: quod enim nullum eſt, nullum operatur iuris effectum, *l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudic. c. non præſtat, de reg. iuris, libro 6. l. 2. ff. de excuſat. tutor. l. vltim. C. arb. tutel.*

Quod autem nulla facta ſit agnitio à filio [illegible] fam. probatur ex d. l. vlt. ff. quis ordo [illegible] bonor. poſſeſſ. ſeruet. Nam, ſi valeret [illegible] ex eſſet agnitio à filiofam. facta ſine [illegible] patris, ratifi[illegible] à patre poſſet [illegible] tempus, intra quod [illegible] expe[illegible], *ex doctrina Bartoli, in d. l. 1. C. [illegible] & [illegible] cij ibid. n. 83. Cagnoli, nu. 107.* No[illegible] ratificari, niſi intra tempus, [illegible] pot[illegible] agnoſci, probat text. in d. l. vlt. ff. [illegible] in bon. poſſeſſ. ſeruet. ibi, [*Præter[illegible] centum diebus, fruſtra non habebit.*]

Capvt LXXVII.

Explicatur collationis materia, controuerſiæq; ad eam pertinentes, diſcutiuntur.

Septem capitibus collationis mate[illegible], propoſitis aliquot concluſionib[illegible] cabo, & controuerſias ad eam per[illegible] expediam, quibus expende[illegible] n[illegible] lucis concluſiones adferent.

Prima concluſio: Filius e[illegible], omnia bona, exceptis caſtre[illegible] caſtrenſibus, conferre ten[illegible] teſtate, mortis tempore ex[illegible] eos diuidātur vna cum bonis p[illegible] cti, pro portionibus hæreditar[illegible].

Probatur ex l. ſi emancipati [illegible] ex l. 1. iuncto §. nec Caſtrenſe, ff. [illegible] bonor. eamque omnes adnat[illegible], [illegible] a eſt controuerſia.

Secunda concluſio: Coll[illegible]tio[illegible], [illegible] proxime dictum eſt, locus eſt, ſiue [illegible], & emancipatus eodem iure ſuccedant, [illegible]e diuerſo iure, puta, ſi alter ex [illegible] ſuccederet, alter contra [illegible] *poſt Bartolum, Caſtrenſem, Alexandrum, [illegible] nem Cagnolus docet, in d. l. ſi emancipati [illegible] C. de collat. Vitalis in tra[illegible] collat. q[illegible] & probatur ex l. ſi filius. ff. de [illegible] bono[illegible], quas iſti adferunt.*

Tertia concluſio: [illegible] te exiſtens, tenetur eman[illegible] conferre, *l. 1. ff. de collat. dot. [illegible] doce[illegible], C [illegible] tionib.*

Quarta concluſio: Liberi q[illegible], [illegible]

emancipati, quam in poteſtate exiſtentes: conferre inuicem tenẽtur dotem, & donationem propter nuptias, quas habuerunt à patre vel matre, auo, vel auia, proauo, vel proauia paterno, vel materno, paterna, vel materna, quoties de ſucceſſione eius agitur; qui illis dotem dedit, vel donationem propter nuptias.

Probatur ex l. vt liberis, C. de collat. & quoniam Imperator Leo ibi dicit, emancipatos cõferre debere pro tenore præcedẽtium legum, ea, quæ à parentibus emancipationis tempore, vel poſt emancipationem conſequuntur, controuerſia oritur, quomodo id accipiendum ſit, vtrũ ſcilicet, emancipati ea, quæ à patre conſequuntur tempore emancipationis, vel poſt emancipationem, conferre teneantur, tam ſuis, quam emancipatis; an vero ſuis tantum.

Etenim Bart. Alexand. & multi alij, *vt per Cagnolum, in d.l. ſi emancipati, n.157. C. de colla. Vitalis de collationib. c.2. num.4.* exiſtimarunt, textum eſſe generaliter accipiendum, vt ſcilicet, emancipati conferre debeant tam ſuis, quam emancipatis.

Sed contrariam reſponderunt Paul. Caſtrenſ. Aret. Rom. Corn. & Dec. *in d.l. ſi emancipati, & idem Dec. in conſ.59.* quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex d.l. vt liberis, C. de collat. vbi Imperator Leo dicit: [*Emãcipatus pro tenore præcedentium legum collaturis.*] Tenor autem præcedentium legum eſt, vt emancipati conferant ſuis, non autẽ emancipatis, *d.l. ſi emancipati, C. de collat.*

Non obſtat, ſi dicatur ex hoc ſequi, Leonem nihil noui ſtatuiſſe in d. l. vt liberis Quia reſpondeo, in hac parte eum noluiſſe aliquid noui ſtatuere, cum ſe ad antiquas leges referat. Cæterum, in alijs vtilis eſt eius conſtitutio, quo ad dotem ſcilicet, & donationem propter nuptias. Sed quoniam dubitari poterat, ex eo, quod dos, & donatio propter nuptias, cõferri debent tam à ſuis, quam ab emancipatis, & tam ſuis, quam emãcipatis, an idem eſſet de alijs bonis, quæ à patre donantur emancipatis, vt ſimiliter conferenda eſſent tam ſuis, quam emancipatis: ait Leo eiuſmodi bona ab emancipatis eſſe conferenda, iuxta tenorem legum præcedentium, & conſequenter non emancipatis, ſed ſuis; ſic enim leges præcedentes ſtatuunt, vt dictum eſt.

CAPVT LXXVIII.

De eadem materia Collationis.

QVinta concluſio: Quod ante emancipationem filio donatum eſt à patre, conferendum eſt, quaſi donatum videatur emancipationis tempore: quoniam donatio ante emancipationem non valet, & emancipatione ſecuta confirmatur. *Ita Aretin. docet in d.l. ſi emancipati, C. de collat. Vitalis, tract. de collationibus, c.2. n.4.*

Sexta cõcluſio: Dos, & donatio propter nuptias, conferri à nepotibus debent, dum ſuccedunt vna cum ſuis patruis, dos, inquã & donatio data eorum patri vel matri, *l. illam, C. de collat.* Dos autem neptibus ipſis data ab auo, an, & quando conferenda ſit, declarant Bart. & Caſtrenſ. *in d.l. ſi emancipati,* Alexand. Iaſ. & Dec. *in l. illam.* Vitalis *d. tract. quæſt.23. & pendet ex l.1. §. ſi ſit nepos. ff. de collat. dotis.*

Septima concluſio: Conferre debent etiam ij, qui nec ſui ſunt, nec emancipati, vt ſunt nepotes ex filio emancipati, *l. ſi nepotes. ff. de collat. bon.* Item filij adoptiui, qui patri naturali ſuccedũt, *l.1. §. is quoque. ff. eod. Bar. in l. pater filium, nu.4. ff. de collat. dot.* Et idem quando patri adoptiuo ſuccedunt, *vt declarat Corneus in d.l. ſi emancipati, n.89. C. de colla.*

Octaua concluſio: Conferre etiã tenentur, qui patria poteſtate liberati ſunt per oblationem precum, vel Principis Reſcriptum, ad ſimilitudinem emancipatorum, *l. liberos, C. de collat.*

Nona concluſio: Liberatis patria poteſtate propter patritiatus honorem, *iuxta l. vlt. C. de decurion. libr.10.* conferre non tenetur. Ita docet Vitalis *de collat. quæſt.23.* quæ ſententia mihi non probatur. Nam tales filij non dicuntur ſui, cum ſint liberati patria poteſtate, *§. inteſtatorum, & §. emancipati, inſtit. de heredibus quæ ab inteſt.* & conſequenter in eis locum habet eadem ratio, quæ in

eman-

emancipati, *l.1.§.totiés.ff.de collat.bonor.* Et cum ij, qui per oblationem Curiæ, vel Reſcriptum Principis liberati ſunt patria poteſtate, conferre teneantur, nulla eſſe videtur ratio, cur & iſti non teneantur, qui non ſunt illis abſimiles.

Decima concluſio: Collatio fieri debet, licet dolo, vel errore, facta diuiſione hæreditatis, fuerit omiſſa, *l.ſi ſoror, C.de collat.*

Vndecima concluſio: Collatio locum habet, etiam teſtamento cōdito, *text.in Nouella, de Triente & Semiſſe.§.illud, ex quo ſumpta est Authent.ex teſtamento, C.de collat.*

Hic oritur controuerſia. Si pater vni ex filijs minorem hæreditatis portionem relinquat, vtrum is conferre teneatur. Alexander *in l.ſi emancipati, n.12. C.de collat.* poſt Romanum & Fulgoſium, quos citat, in hac videtur eſſe ſententia, vt ſi quidem pater dixerit in teſtamento, ſe idcirco filiæ, verbi gratia, minorem portionem dediſſe: quia dotem illi dederat, dos non ſit conferenda *ex l.ex parte.§.inteſtato.ff.famil.hercisc.* Si vero hoc non dixerit, tunc conferenda ſit, & filiæ imputandum, quod dote contenta non abſtinuerit ab hæreditate. Idem reſponderunt Corneus *in d.l.ſi emancipati, n.64.* Cagn. *ibid.n.200. Dec.in Auth.ex teſtamento, nu.9. C. eod.tit.& in conſil.59.col.2. Dominus Cephalus, in conſil.486.in fin.lib.4.*

Contrarium autem Aretinus docuit, *in d.l.ſi emancipati, col.2.* nempe abſolute locum non eſſe collationi hoc in caſu, cuius ſententiam ſatis æquam eſſe dicit Vitalis, *de collat.q.33.*

Et huic ſententiæ magis eſt, vt aſſentiar. Moueor primo ex l.ex parte.§.inteſtato. ff. famil.hercisc.Scæuola: [*Inteſtato moriens, Codicillis prædia ſua omnia, & patrimonium inter liberos diuiſit, ita, vt longe amplius filio, quam filiæ reliquerit: Quæſitum eſt, an ſoror fratri dotem cōferre deberet? Reſpondi, ſecundum ea, quæ proponerentur, ſi nihil indiuiſum reliquiſſet, rectius dici ex voluntate defuncti collationem dotis ceſſare.*]

Secūdo, moueor ex §.illud, in ver. æqualitatem, in Auth.de Triente & Semiſſe, vbi patet, præcipuam cauſæ collationis inducēdæ, eſſe rationem æqualitatis inter liberos ſeruandæ: At in propoſita ſpecie, ex collatione orituri inæqualitas, igitur [illegible] ceſſare debet, *l.vlt.C.commun.vtriu.* [illegible]

Fundamentum contrariæ [illegible] in d.§.illud, in Auth de Triente & [illegible], quatenus ibi dicitur, teſtamen [illegible] collationi locū eſſe, n[illegible] pater ea [illegible] prohibuerit. Sed iu[illegible] hęc interpretatio, vt i[illegible] lariter, ſcilicet, quando ex co[illegible] æqualitas, non ſi [illegible] enim voluntatis eſt c[illegible]ctura [illegible] collationem videri, *arg.d.l.*[illegible] *to.ff.fam.herc.* Et ad col[illegible] endam coniecturam ſuffi[illegible] d. ſuncti, recte ex eo textu d[illegible]re [illegible] Albericus ibi, *quos citat & ſequ*[illegible] *conſ.59.Idem ſcribit Cranet.in con.8*[illegible] *ſil.25. Alc.in conſ.584.nu.1.Ioan. P*[illegible] *conſil.143.nu.18.& 19.*

CAPVT LXXIX.

Alia controuerſia de eadem [illegible] *materia.*

Eſt & alia controuerſia, [illegible] pro p[illegible]e valeat, & pro [illegible] vt in ea ſpecie, d[illegible] qua l[illegible] ff.de colla. bon. an [illegible] alios co[illegible] locus, quorum alter ex t[illegible]ſtam[illegible] tatem petit, alter vero [illegible] teſt[illegible] Pugnantes ſunt Docto[illegible] *dere licet ex Aretino, & Alexan*[illegible] *neo, num.26. Cagnolo, num*[illegible] *emancipati, C.de collat.*[illegible] *collationibus, capite primo, num.9 & nu*[illegible]*.13 & queſt.32.*

Mihi verior e[illegible]m ſententia [illegible] qui collationi lo[illegible], ho[illegible] gumento. Nam [illegible] col[illegible] in ea ſpecie, [illegible] aut qua ex t[illegible] Prior [illegible] nem [illegible] iure [illegible] *Nouella* [illegible] *Semiſſe.*

Si [illegible] ſucceditur [illegible] partim ex [illegible] contra teſtamentum: & ideo non [illegible]

ſub ſimplicibus, vt Doctores dicunt. Reſpondeo, ex mente legum poſteriorum, etiam hunc caſum decidi poſſe, quia ratio ceſſat propter quam ſic erat ſtatutum, *in d. l. pater filium.* ceſſante enim ratione legis, ceſſat lex. *l. 1. ff. de legit. tutorib. l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patron. cum ſimilib.*

Rurſus; ſi dicatur *in l. ſi filius, ff. de collatio. bonorum,* rationem ille poſitam in iniuria, quam emancipatus facit ſuo, & propterea Scæuola reſpondit, collationem fieri inter eos, qui diuerſo iure ſuccedunt: Ergo ceſſante iniuria, ceſſare debet collatio. Reſpondeo hanc rationem iniuriæ nouo iure nô eſſe attendendam, quia tam ſuus emancipato confert, quàm emancipatus emancipato, inter quos ratio iniuriæ ceſſat, *l. vt liberis, C. de collatio.* Inſpicitur enim magis æqualitatis ratio, *vt ibi habetur. & in d. §. illud, in Authent. de Triente & Semiſſe, & in l. vlt. C. commun. vtriuſque iud.*

Quæritur etiam an in ſpecie l. filio. §. videamus, ff. de bonor. poſſ. ſ. contra tab. locus ſit collationi? & Iacob. Butrigarius dicebat, locum eſſe, nouiſſimo iure inſpecto, quem Alexander referens *in d. l. ſi emancipatis, colum. 2. C. de collatio.* dicebat ſe mirari, & neminem hoc dixiſſe. Veruntamen Butrigarium ſequitur Vitalis, *de collatio. cap. 2. numer. 9.* Et hæc ſententia mihi placet, quia deciſio text. *in d. §. videamus.* fundatur in ratione iniuriæ ceſſantis, quæ ratio iam non tam attendi debet, quàm ratio æqualitatis, vt dixi. *Vide Corneum in d. l. ſi emancipati, num. 32. & 46.*

Capvt LXXX.

Proponuntur aliæ concluſiones in materia collationis, & controuerſia diſcutitur an donatio ſimplex, filio facta in poteſtate, ſit conferenda.

Dvodecima concluſio. Collationi locus eſt etiam factis codicillis, *l. a patre, l. filiam, C. de codicillis.*

Decimatertia: Ius collationis ad hæredes tranſit actiuè & paſſiuè, *l. 1. §. ibid. ff. de collat. bonor. l. ſi maritus. C. de collat.*

Decimaquarta: Is qui conferre tenetur, ſi non conferat, vel de conferendo non caueat, partem hæreditatis conſequi non poteſt, *l. ſi maritus, C. de collationib. l. 1. §. iubet autem Prætor, verſic. ſi frater. ff. de collatio. bonorum.* Et ideò bona deponuntur penes curatorem, qui ea detineat, donec conferat, vel de conferendo caueat, *l. nonnunquam. ff. eodem tit.*

Decimaquinta: Collatio ceſſat in bonis caſtrenſibus, vel quaſi, *l. 1. §. nec caſtrenſe. ff. eodem.*

Decimaſexta: Collatio hodie locum non habet in bonis aduentitijs, *l. vltim. C. de collatio.*

Sed hic oritur controuerſia de ſimplici donatione à patre filio exiſtenti in poteſtate facta, ſintne conferenda. Nam antiqui Gloſſatores non conueniunt. aliquibus affirmantibus conferendum, aliquibus id negantibus. Nunc eorum ſententia magis communiter recepta eſt, qui negant conferendam. *Ita Bart. in d. l. 1. §. nec Caſtrenſe. ff. de collat. bonor. Alexand. & Iaſ. in Authent. ex teſtamento, C de collat. & ibi etiam Dec. Cag. ad d. l. ſi emancipati, num. 197. C. eodem tit. Vitalis, de collat. quæſt. 1. Saporta in tract. ſimilis, de collat. c. 5. num. 93.*

Probatur hæc ſententia ex l. illud, C. de collat. in illis verbis: [*Ex eo quod ſimplex donatio non aliter confertur, niſi huiuſmodi legem donator tempore donationis ſuæ indulgentiæ impoſuerit.*] Et ex l. filiæ, C. famil. hercisc.

Niſi inæqualitas inter filios oriatur ex eo, quòd alter filius dotem haberet, vel donationem propter nuptias, quas conferre deberet: tunc enim etiam alter donationem ſimplicem conferre debet, vt ibi dicitur.

Huc accedit ratio manifeſta. Nam donatio patris filio in poteſtate collata, non valet, ſed morte donatoris confirmatur, *l. donationes quas, C. de donat. inter virum & vxor.* Conſequenter is cui donatur, videtur bona donata conſequi poſt mortem patris, Conſtat autem acquiſita poſt mortem patris, non conferri, *l. nec emancipati, C. de collat.*

Et licèt Decius *in d. l. illud, num. 6. C. de collat.* hanc rationem impugnet, eius tamen argumentis ſatis facit Berous *in conſil. 54. num. 27. lib. 1.*

 Oppo-

Opponitur huic ſententiæ textus in l. ſi donatione, C. de collat. [*Si donatione, inquit textus, tibi poſt mortem patris fundum quaſiſti, ſoror tua portionem eius vindicare non poteſt; nam ſi is filiaefamilias conſtituta tibi a patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.*] Et huic legi aduerſatur l. filiæ, C. famil. herciſc.

Quid Iacob. Cuiac. dixerit, non ignoro, lib. 5. obſeru. cap. 30. [*Equidem ſic accipio l. ſi donatione, vt ab inteſtato ſui donationem ſimplicem conferant, & cet. Legem verò Filiæ, vt ex teſtamento inſtitutus donata præcipua retineant.*] Sic ille. Sed nõ mihi placet; nam vt maximè vera ſit interpretatio Cuiacij, quantum attinet ad l. filiæ, C. famil. herciſc. quæ lex loquitur in eo caſu, quo teſtamentum eſt conditum, & conſequenter collatio ceſſabat eo tempore; non tamen poteſt illud admitti, quòd ſimplex donatio conferatur in ſpecie d. l. ſi donatione, licèt ab inteſtato patri filiæ ſuccedant, quia id repugnat l. illud, C. de collat. Reuera abſtruſior paulò res eſt, vt Cuiac. inquit. Miror tamen eundem excellentem Criticum, non admonuiſſe manum ad emendandam l. ſi donat. ad ea negatione, hoc modo: [*Nam ſi tu filiafam. non conſtituta tibi à patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.*] Ita ſi legatur, nihil obſtabit, quia emancipatus donationem ſimplicem tenetur conferre, *l. 1. ff. de collat. bonorum*. Nec obſtabit l. illud, C. de collat. quia intelligitur de donatione ſimplici filiofamil. collata, qui eſt in poteſtate.

CAPVT LXXXI.

Alia controuerſia de ſimplici donatione, quæ ab initio valet, an ſit conferenda.

SED alia eſt controuerſia, quid ſi donatio à parentibus in filium collata, qui eſt in poteſtate, ab initio valeat; Nam [illegible] *Iaſonem ad l. frater à fratre. ff. de condict. indeb.* vtrum conferenda ſit? Et conferendam reſpondit Bartolus *in l. 1. §. nec Caſtr.* [illegible]

collat. bonorum. Alexand. & [illegible] *teſtamento, C. de collat.* [illegible] *1. Rolan. à Valle, in conſil. 44.* [illegible] *4. Natta in conſil. 16* [illegible]

Contrarium [illegible] De[illegible] *mer. 6. C. de collat.* [illegible] *numer. 190. C. eod.* [illegible] *tbent. ex teſtamento* [illegible] *Surdus in conſil. 14*[illegible]

Et hæc poſt[illegible] probabilior. [illegible] tio, quæ regulariter [illegible] *illud, circa fin. C. de* [illegible] donatione pro[illegible] conferantur à filijs, q[illegible] *vt liberis, C. eod.* [illegible]

Argument[illegible] ſtant. Primum [illegible] valet ab initio [illegible] qua in præcedenti [illegible] videlicet [illegible] patris [illegible] [illegible]

Re[illegible] aptam e[illegible] ad impe[illegible] ſed [illegible] illa ceſſet, [illegible] ni locus: quoniam [illegible] inſtitut[illegible] pr[illegible] *l. 1. ff. de collat. bonorum.* [illegible] lios, qui ſunt in pot[illegible]te, fu[illegible] tamen non [illegible] ad [illegible] nationem, ed[illegible] propter [illegible] æqualitas inter [illegible] *collat.*

Secundum [illegible] Authent. de [illegible] verbis: [*In dotem forte* [illegible] obſtat; quia [illegible] [illegible]

Tertium argumentum [illegible]

emancipati conferre debent donationem ſimplicem, *l. vt liberis, C. de collatio.* non alia ratione, niſi, quia donatio ſtatim valet: ergo idem eſt iuris in donatione ſimplici facta filio in poteſtate, quando ſtatim valet.

Reſpondeo, cauſſam ob quam emancipatus conferre debet, aliam eſſe, nempe, iniuriam quam inferebat ſuo, id eſt, filio in poteſtate, l. 1. ff. de collatio. bonor. quòd autem ſuus conferre debeat emancipato, inductum eſt ex legibus poſterioribus, quæ cùm non de ſimplici donatione, ſed tantùm de dote, & donatione propter nuptias loquantur, conſequens eſt, in donatione ſimplici collationem ceſſare: Excipio ſemper caſum illum, quo inæqualitas orietur inter filios, ſi collatio ceſſaret, *vt in d. l. illud, C. de collationibus.*

CAPVT LXXXII.

Proponuntur aliæ concluſiones in materia collationis, & excutitur alia controuerſia de donatione facta filio ob cauſam matrimonij, an ſit conferenda.

DEcimaſeptima concluſio: Donatio collata in filium à patre, propter eius benemerita non confertur, quia videtur aduentitia, non profectitia, *Bart. in l. 1. § nec Caſtrenſe, numer. 11. ff. de collat. bonor. Corneus in Authent. ex teſtamento, numer. 12. C. de collat. & Alexand. ibid. numer. 6 Iaſon in l. filia, num. 2. C. eod. Vitalis, de collationibus, quaſt. 1.*

Sed controuerſia eſt, ſi pater filio aliquid donauerit, vt matrimonium contraheret cum muliere aliqua Nobili, quæ alioquin nolebat ei nubere, Verum conferri debeat? Negant Crauetta *in conſil. 85.* & Ioan. Petrus Surdus, *in conſil. 143. & huic ſententiæ fauent tradita per Burſatum in conſ. 188. numer. 11. lib. 2.* Affirmant Franciſcus Becius *in conſil. 20.* & Rolandus a Valle *in conſil. 44. & 70. lib. 4.*

Prioris ſententiæ, quam amplector, illud eſt fundamentum, quod nulla lege cautum eſt, id genus donationis collationis regulis obnoxium eſſe. Eſt autem ita permiſſum argumentari, oſtendit l. illam, C. de collationibus.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ illud eſt præcipuum, quòd donatio, de qua agitur, non ſit ſimplex, ſed ob cauſam, nempe contrahendi matrimonij, ac proinde conferenda ſit, ſicut dos, & donatio propter nuptias, cui videtur ſimilis eſſe, & id genus aliæ donationes, quæ valent ab initio, quia non habet in illis locum ratio, quæ in donatione ſimplici, quæ non confertur.

Reſpondeo, dotem, & donationem propter nuptias collationi ſubiacere, hanc verò nec donationem propter nuptias eſſe, nec ei ſimilem, quia donatio propter nuptias, eſt neceſſaria, tenetur enim Pater eam pro filio ſuo conſtituere, *l. vlt. C. de dotis promiſſio.* ſed ad huiuſmodi donationem, vt filius vxorem inueniat nobiliorem, vel ditiorem, non eſt obligatus pater, quare vt maximè non dicatur hæc donatio ſimplex, non tamen dici poteſt ob cauſam neceſſariam, ad ſimilitudinem dotis, & donationis propter nuptias, & proinde conferenda ſit, ſicut dos, & donatio propter nuptias conferri debet.

CAPVT LXXXIII.

Proponuntur omnes aliæ concluſiones, & quomodo accipienda ſit l. vlt. C. de collat. explicatur.

DEcimaoctaua concluſio: Quæ pater donauit cauſa ſtudiorum alteri ex filijs, conferenda non ſunt, *l. quæ pater, l. prima. ff. famil. herciſcund. notant Bartolus in l. prima, § nec Caſtrenſe, num. 8. C. de collat. bonorum. Alexander, ad leg. ſi donatione, in fine. Cod. eodem titul. Vitalis, de collatio. quaſt. 18.* Niſi filius pecuniam malè conſumpſerit, *Authent. Quod locum, & ibi notat Bartol. C. eodem, & ibid. Decius, numer. 7.* Item, niſi pater declarauerit ſe velle, vt conferantur, *Vide Crauettam, in conſil. 125.* Item, niſi pater habeat bona propria ipſius filij, *argum. l. vlt. ff. de petit. hæred. Vide de his omnibus Hartmannum Piſtorium, lib. 1. Quæſtio. iuris, cap. 19.*

Decimanona: Quod filius induſtria & labore ſuo quæſiuit ex pecunia patris, pro dimidia parte conferendum eſt, pro altera dimidia non eſt conferendum; quia partim aduentitium iudicatur, partim profectitium, *ex traditu per gloſſ. in l. 1. C. pro ſocio. Vide Bartolum in l. 1. §. nec Caſtrenſe. ff. de collat. bonorum. Decium in l. illud, numer. 10. C. eodem. Crauettam in conſil. 125. num. 10. Vitalem, de collat. quæſt. 10. & quæſt. 27.*

Sed quæritur, quomodo accipiendum ſit, quod in l. vltim. C. eod. conſtitutum eſt: [*Vt nemini de cætero,* inquit Iuſtin. *ſuper collatione dubitas oriatur: neceſſarium duximus Conſtitutioni, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, vt res, quas parentibus adquirendas eſſe prohibuimus, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiaceant. Vt enim Caſtrenſe peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris authoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quæ minimè parentibus adquiruntur, proprias liberis manere cenſemus.*]

Reſpondet Saporta *tract. de collat. cap. 5.* accipiendum id eſſe de filijs in poteſtate exiſtentibus. Sed communior eſt ſententia, tam de ſuis, quàm de emancipatis accipiendum, vt notant Alexand. Iaſon, & Decius, *in Commentarijs illius legis.* argumento ſumpto ex l. cùm duobus. 52. §. idem Papinianus. ff. pro ſocio. vbi Iuriſconſultus, emancipatos filios ea ratione bona Caſtrenſia, vel quaſi, non conferre deducit, quia ea non acquirerentur patri, licèt in eius eſſent poteſtate. Igitur & nobis ita licebit argumentari, quia parentibus non acquirerent aduentitia bona filij emancipati, licèt in eorum eſſent poteſtate; ideò talia bona non eſſe conferenda.

Quod autem ex d. l. vlt. conſtitutum eſt, aduentitia non eſſe conferenda, intelligendum eſt, quando parenti ipſi ſucceditur: Tunc enim filius, qui vel à matre, vel aliunde bona acquiſiuit, ea non tenetur conferre. Cæterùm, ſi de matris ipſius vel alterius ex aſcendentibus agatur ſucceſſione, dubitandum non eſt, quin dos & donatio propter nuptias, ab eis data, conferenda ſint, *vt in l. vt liberis, C. de collat. & ibi Iaſon notat, & declarat optimè.*

Alia de materia collationis notatu digna legi poterunt apud Beroum, *conſil. 14. lib. 1.* Alciatum, *in conſil. 663. Surdum, de conſil. 143. Iacobinum Riminald. in conſil. 228. lib. 2. Hieronymum Gabr. in conſil. 96. Ruinum in conſil. 162 numer. 11. lib. 2. Dominum meum Cephalum, in conſil. 184. numb. 20. lib. 1.*

Illud non probo, quod Surdus, *d. conſil.* 143. docet, collationem ceſſare, quoties hæres inuentarium confecit, Nulla enim lege id probari poteſt. Nec id inter inuentarij commoda à Iuſtiniano recenſetur, vel ab alijs, & quoniam collationis onus eſt annexum ipſi hæreditati & ſucceſſioni, vt dicebat Iacobin. Riminald. *in d. conſil. 228. lib. 2.* propterea inuentarij confectio hæredem non liberat ab eo.

Capvt LXXXIV.

Controuerſiæ aliquæ, an hæreditas pacto dari poſſit. Et prima, quid ſi non tota hæreditas, ſed pars bonorum ex pacto detur, an valeat.

Certi iuris eſt, hæreditatem pacto dari non poſſe, *l. hæreditas, C. de pactis conuentis, l. ex eo, C. de inutil. ſtipulat.* Sed controuerſiæ ſunt nonnullæ ex varijs cauſarum circumſtantijs. Et prima eſt, quid iuris, ſi non hæreditas tota, ſed pars bonorum in pactum deducatur, an valeat pactum? Et reſpondit Baldus valere, *in l. vlt. C. de pactis. Sequitur Alexander, in conſil. 29. lib. 5. numer. 10. Decius, in conſil. 578. numer. 9. alios in eam ſententiam refert & ſequitur Menochius in conſil. 1. num. 161. lib. 1.*

Contrarium multos reſpondiſſe teſtatur Tiraquellus, eos citans, *de iure primogeniorum, quæſt. 6. num. 14.* Sed reuera loquuntur ab eo citati, de pacto, quod fit de parte hæreditatis, non autem bonorum. In quibus tamen terminis multi ex antiquis valere putabant pactum, exiſtimantes permiſſum eſſe de parte hæreditatis paciſci, licèt non de tota.

Sed quod ad pactum partis bonorum attinet, Alciatus *in conſil. 114. numer. 5.* exiſtimat illud non valere, quoties obuentionem

nem bonorũ continet, quod accidit, quando paciſcentes non ſe obligant ad quicquam dandum, vel faciendum, ſed verba referunt ad bonorum perventionem: tunc enim, ſiue de certa parte bonorum agatur ſiue de tota ſucceſſione, reſpondit pactum non valere.

Franciſcus Burſatus hanc rem copioſe adductis autoritatibus tractans, *in conſ. 136. num. 37. 38. & ſequent. lib. 2.* in ea videtur eſſe ſententia, vt valeat huiuſmodi pactum partis bonorum, ſi de certis bonis intelligatur, puta partis bonorum immobilium vel feudalium, vel huiuſmodi. Cæterum aliter dicendum, ſi pactum ſit de parte bonorum omnium.

Fundamentum prioris ſententiæ, quæ videtur magis communiter recepta, illud eſt; quia tale pactum non impedit liberam teſtandi facultatem, cum paciſcens de reliquis bonis teſtari poſſit. Et cum non contineat huiuſmodi pactum hæreditatem ac ſucceſſionem, nihil obſtat ei lex, quæ vetat pactis hæreditatem dari.

Fundamentum Alciati eſt, quoniam pactum, quo continetur obuentio bonorum non valet præterquam inter milites, *l. licet, C. de pactis.*

Ego puto huiuſmodi pacta non valere: Primo, quia nulla lex proferri poteſt, quæ illa tueatur. Secundo, quia nulla iuris ratione confirmantur. Tertio, quia non leuis coniectura ſuppetit legibus noſtris ea non probari. Nullam extare legem pactiones illas iuuantem, manifeſtum eſt. Nam donatio quidem mortis cauſa legibus probatur, necnon aliæ vltimæ voluntates & contractus, per quos hæredes noſtri ad aliquid dandum vel faciendum obligantur, quamuis obligatio ab ipſis hæredibus incipiat, *l. vni. C. vt actio ab hæredibus & contra hæredes incip.* Sed nos loquimur iam de pactis iſtis nudis, non autem in aliquem ſpecialem contractum tranſeuntibus, vel in donationem mortis cauſa.

Nullam iuris rationem ſuppetere, qua iuuari poſſint, ex eo perſpicuum videtur, quoniam cum certi ſint modi iure introducti ſolenniter, ex quibus bona poſt mortem conferantur, nempe teſtam. Codicillus, Donatio mortis cauſa, Legatum, fideicommiſſum, & ſimilia iuris ratio poſtulat, vt non alios nobis propria autoritate fingamus, cum ſatis multi ac ſolennes à iure ſuppeditentur.

Denique non leuem eſſe coniecturam, eas pactiones legib. improbari, facile colligitur ex l. licet, *C. de pact. ex l. hæreditas. C. de pactis conuentis, & aliis ſimilibus.*

Nec quenquam mouere debet illud argumentum, quod dicitur, ideo pacta iſta improbari, quia videntur auferre liberam teſtandi facultatem: & ideo quoties non de tota hæreditate, ſed de parte tantum, vel bonorum, vel hæreditatis diſponunt, ſeruanda eſſe: quoniam ratio cur ea pacta improbentur, illa eſt præcipua: quia hæreditas pacto non datur, *l. hæredit. C de pact. conuent.* & alij ſunt modi ſolennes conſtituti, quibus de bonis ſuis quis poſt mortem recte diſponat: quos ſequi proinde nos oportet, non autem nouos, & autoribus legum ignotos excogitare.

Caput LXXXV.

Secunda controuerſia, quid ſi pactum fundetur in perſona promittentis, non autem bona, ſiue bonorum obuentionem reſpiciat, an valeat?

Communiter recepta eſt diſtinctio in hac materia pacti de futura ſucceſſione nuncupati: vt ſiquidem fundetur in perſona paciſcentis, valeat, ſi vero bonorum obuentionem cõtineat, non valeat. Exemplum prioris capitis. Promitto tibi omnia bona mea præſentia poſt mortem meam valet eiuſmodi pactum. Poſterioris autem exemplum: Promitto tibi, quod poſt mortem meam bona mea ad te peruenient. *Ita Bartol. in l. ſtipulatio hoc modo concepta. ff. de verbor. obligat. in l. vltima, numer. 11. C. de pactis. & in conſil. 204. Promitto tibi, & ſu mihi. Oldradus in conſil. 139. Curtius iunior, in conſil. 15. Decius in conſil. 225. 613. Cacheranus, deciſione Pedemont. 100 numero 25. Beroius, conſil. 30. numero 28. lib. 3. Celſus Vgo, in conſil. 109.*

 Hierony-

Hieronymus Gabrielius, in conſil. 137. numero 16. Burſatus, in conſil. 136. numero 7. Purpuratus in conſil. 538. num. 2. lib. 2. Simon Pratus conſil. 123. num. 10.

Fundamentum eſt, quod attinet ad primum caput, quia iure cautum eſt, obligationes incipere poſſe ex perſona hæredis, *l. prima. C. vt actiones ab hæredibus & contra hæredes incipiant.* Cum ergo quis ita promittit bona ſua, vt in eius perſona fundetur promiſſio, tunc obligatio incipit eo mortuo, aduerſus hæredem, & is bona promiſſa reſtituere tenetur, niſi in pactum deducta eſſent, tam bona præſentia, quam futura; tunc n. videretur pacto hæreditatis dari: & ideo non valeret, & diceretur eſſe contra bonos mores, quia per illud pactum auferretur libera teſtandi facultas, ſi paciſcens nihil ſibi, de quo teſtari poſſet, reſeruaret. Cæterum, quando non in perſona paciſcentis fundatur pactum, ſed ad bona refertur, videtur ex eo hæreditas ac ſucceſſio dari, ac proinde pactum non valet, *l. hæreditas, C. de pactis.*

Sed, vt libere dicam id, quod ſentio, non puto veram eſſe hanc doctrinam: ac proinde controuerſiam ipſe moueo hac in re, licet nemo forſan hucuſque mouerit. Exiſtimo enim neutro caſu pactũ valere. Et quoniam omnis difficultas eſt in primo capite diſtinctionis eo dirigam argumentum meum, vt fundamẽtum doctrinæ communis euertam. Aiunt Doctores, ideo pactum valere: quia obligatio tunc incipit ab hærede promiſſoris, ex quo apparet promiſſorem non voluiſſe hæreditatem pacto dare, ſed ſuum hæredem obligare ad bona promiſſa tradenda, quod permiſſum eſſe indicat, *l. 1. C. vt act. ab hæred.*

Sed contra oſtendam legibus improbari etiam illud pactum: quo non immediate hæreditas datur, ſed hæres promiſſoris incipit ex pacto obligari. Oſtendam hoc ex l. hæreditas. C. de pactis conuentis. Ait textus: [*Hæreditas extraneis teſtamento datur. Cum igitur adfirmes dotali inſtrumẽto pactum interpoſitum eſſe vice teſtamenti, vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata: intelligas nulla te actione poſſe conuenire hæredes, ſeu ſucceſſores eius, vt tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.*]

Hic perpendunt Doctores illa verba, *vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent.* Et quia ad bona, [illegible] tionem referuntur, ideo p[illegible] non valere. Ego contra perpendo ex [illegible] textu, illa verba, ac totum reſponſum Diocletiani, euertere eorum f[illegible]: quod ita planum facio. Si pactum va[illegible] eo caſu, quo bona quis pro[illegible] poſt [illegible] tem ſuam: ita vt promiſſio f[illegible] ſona eius, obligatio autem, ſi[illegible] tra hæredes incipiat, deber[illegible] re in ea ſpecie, de qua loqu[illegible] nus: quia etiam in ea ſpecie o[illegible] actio incipit contra hæredes. I[illegible] lis verbis textus: [*Intelligas nulla t[illegible] conuenire hæredes, vt tibi reſti[illegible] modo debentur.*] His enim verbis per[illegible] eſt, paciſcentem voluiſſe quidem [illegible] redem obligare in ea ſpecie, & ta[illegible] ctum non valet. Si enim nol[illegible] pa[illegible] ſuum hæredem obligare, [illegible] ſua bona ad eum peruenire [illegible] non erat, cur dubium eſſe[illegible] miſſoris conueniri poſſet [illegible] vis pactionis, vt etiam hære[illegible] o[illegible] ideo quæſitum eſt, an hæres c[illegible] ſet: & negat poſſe conueniri: qui[illegible] miſſa ſunt, non debentur: tam[illegible] ctum non valet.

Et certe, ſi verum amam[illegible] vi- tur eſſe diſcrimen quoad [illegible] verum quis dicat, promitto [illegible] poſt mortem vel promitto, q[illegible] a poſt mortem meam ad te pe[illegible] ebu[illegible] el peruenient. Vtroque enim in [illegible] pr[illegible] ſor videtur obligaſſe ſuum hære[illegible] na ſtipulatori tradenda. Sed non [illegible] modi pactum: quia effectu inſpecto, [illegible] aliud in eo continetur, quam ſucc[illegible] & hæreditas: Et notum eſt omnibus, leges verbis impoſitas non eſſe, ſed rebus, *l. 1. C. com. mun. de leg.*

Tertio inſpiciamus diligenter [illegible] mentum communis ſententiæ. [illegible] ſtinianus in l. prima. C. vt act[illegible] hæredibus & contra hæredes incip[illegible]. [*Cum ſtipu-*

ſtipulationes & legata, & alios cõtractus poſt mortem compoſitos, antiquitas quidem reſpuebat, nos autem pro communi omnium vtilitate recipimus: conſentaneam etas etiam illam regulam, qua vetuſtas vtebatur, more humano emendare. Ab hæredibus enim incipere actionem, vel contra hæredes, veteres non concedebant, contemplatione ſtipulationum, cæterarumq; cauſarum poſt mortem conceptarum. Sed nobis neceſſe eſt, ne prioris vitij materiam relinquamus, & ipſam regulam de medio tollere: vt liceat & ab hæredibus, & contra hæredes incipere actiones, & obligationes, ne propter nimiam ſubtilitatem verborum, voluntates contrahentium impediantur.

Hac lege non hoc ſtatuit Iuſtinianus, vt generaliter & abſolute valeat, & ſeruandum ſit ab hærede promiſſoris omne pactum, & præſertim illud, de quo noſtra eſt diſputatio: ſed hoc voluit, vt licet olim actio, nec contra hæredẽ, nec ab hęrede incipere poſſet, quia ſtipulationes & obligationes, & contractus poſt mortem compoſitos antiqui reſpuebant, nunc actio incipere ab hærede, & contra hæredem poſſit: quia tales contractus & obligationes recepta ſunt.

Poſt mortem ſuam nemo dari ſibi ſtipulari poterat, non magis quam poſt eius mortẽ, à quo ſtipulabatur, inquit Imperator, *in §. poſt mortem, in Inſtit. de inutil. ſtipul.* Hoc ergo ius antiquum eſt emendatum, quamobrem nunc licet ſtipulari ſibi dari poſt mortem ſuam, & quis promittere poteſt ſe daturum poſt mortem ſuam, & tunc actio incipiet ab hærede, & contra hæredem: Ego non infic ior cuilibet licere, ita ſe obligare ſtipulando, contrahendo, legando, ſed nego licere extra contractus cauſam, vel donationis cauſa mortis, vel legati aliamve ſimilem receptam cauſam, bona ſua in pactum deducere, vt ſcilicet poſt mortem promiſſoris ea quis obtineat. Eſt enim hoc pactum futuræ ſucceſſionis, pactum, quo hæreditas datur, ſi non quis ad verborum corticem attendat, ſed rem ipſam penitius contempletur.

At inquiunt, in priori caſu, cum quis promittit bona ſua poſt mortem, refert ſuam promiſſionem poſt mortem, & tunc incipit obligatio & actio aduerſus hæredem, quod eſt permiſſum. Sed contra idem accidit, & in poſteriori caſu, & tamen pactum non valet, dicta l. hæreditas, cum enim ſic dico: Promitto tibi, quod bona mea peruenient ad te poſt mortem meam, nonne obligo me ipſum ad hoc, vt bona conſequaris poſt mortem meam? Conſequenter nonne & meum hæredem obligo, vt hoc ipſum adimpleat? Hæres enim obſtrictus eſt omnibus obligationibus, quibus defunctus tenetur, *l. 1. C. ſi certum pet. l. ex qua perſona, de reg. iur. l. pro hæreditariis. Cod. de hæred. act.*

Illam igitur diſtinctionem valere iubeo, & germanam ſolidamq; traditionem amplector, eiuſmodi pactiones non valere, eruditorumq; Iuriſconſultorum iudicium ac ſententiam expecto.

CAPVT LXXXVI.

Pactum de futura ſucceſſione reciprocum; an valeat.

SEquitur tertia controuerſia de pacto futuræ ſucceſſionis an valeat, ſi reciprocum ſit. Etenim multis placuit illud valere, *ita Marſilius ſingulari 333. citans in hanc ſententiam Oldradum in conſ. 139. Ioan. Andr. ad Specu. tit. de inſtrument. editione. §. Porro, col. vlt. Alex. in l. licet, C. de pact. Angelũ in conſ. 179. Iaſon in l. ſi pater puellæ. C. de inoſ. teſtam. Eandem ſententiã. ſequitur Mynſing. Centu. 2. obſeru. 33. Viuius commun. opin. in verb. Pactum 1. num. 12. alios refert Tiraquell. de iure primogenior. q. 6. n. 5.*

Sed contrarium docuerunt Bart. *in d. l. licet C. de pactis, & in conſ. 212.* Alex. *in conſil. 28. lib. 3. Decius in conſ. 225. n. 3. Iaſon conſ. 87. n. 3. lib. 1. Pariſius in conſ. 24. nu. 77. lib. 2. Curtius iun. in conſ. 15. Tiraquell. de iure primogeniorum, quæſt. 6. nu. 24. Oſaſcus deciſ. Pedemont. 100. nu. 22. Burſatus in conſ. 136. nu. 13. Hieron. Gabr. in conſ. 137. non procul ab initio. Petrus Peckius, de teſtam. coniugum, lib. 1. cap. 7.*

Eandem ſententiam ſequi videtur Andreas Gaill, *li. 2. obſ. 126.* ſic enim ait: [*Diſtinguendum eſſe, ne impingamus in hoc difficili articulo, vtrum ſiat promiſſio mutua de ſuccedendo cauſa*

dere-

donationis inter viuos, an vero ſimplex promiſſio per pactum de ſucceſſione reciproca. Primo caſu valet promiſſio: quia non eſt pacti futuræ ſucceſſionis: ſed obligatio deſcendens ex contractu de præſenti inter viuos celebrato, licet effectum poſt mortem ſortiatur, ideoq; valet, & tenet irreuocabiliter. Secundo caſu promiſſio non valet, puta, ſi duo pluresve paciſcantur inuicem, vt alter alteri deficientibus liberis ſuccedat. Hactenus ille. *Idem late concludit Simon Pratus in conſ. 123.*

Ego poſteriorem hanc ſententiam abſque omni hæſitatione amplector, ſi quæſtio ſit inter priuatos: ſecus, ſi inter milites, autoritate l. licet. C. de pactis. vbi Diocletianus: [*Licet inter priuatos huiuſmodi ſcriptum, quo comprehenditur, vt is, qui ſuperuixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis cauſa geſtæ efficaciter ſpeciem oſtendat: tamen cum voluntas militum, quæ ſuper vltimo vitæ ſpiritu, deq; rei familiaris decreto quoquo modo contéplatione mortis in ſcripturam deducitur, vim poſtremi iudicij obtineat, proponasq; te ac fratrem tuum ad diſcrimen prælij pergentes ob communem mortis fortunam inuicem eſſe pactos, vt ad eum, qui ſuperſtes fuiſſet, res eius, quem caſus finem vitæ attuliſſet, pertinerent, exiſtente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio, (quod Principalium Conſtitutionum prompto fauore firmatur) etiam rerum eius compendium ad te delatum eſſe.*]

Hac lege videtur mihi aperta deciſa hæc controuerſia, valere quidem eam conuentionem inter milites, inter priuatos autem non valere.

Huc accedat ratio legis: pacto videlicet hæreditatem dari non poſſe, *l. hereditas, C. de pact. conuent.* locum enim habet etiam, vbi pactum eſt reciprocum.

Nec difficile eſt ad argumentum Marſilij reſpondere, qui autoritate multorum abutitur in hoc articulo: Illud enim in eo poſitum eſt, quod viciſſitudo illa multa operari ſoleat, & ideo licet donatio inter virum & vxor. regulariter no valeat, tamen valet, ſi ſit reciproca, *vt tradit Iaſon in l. ſi pater puellæ. C. de inoff. teſtam.*

Item licet donatio excedens quingentos aureos non valeat abſque inſinuatione, tamen valet, ſi ſit reciproca. *Angelus in conſil. 17[illegible] & alij.*

Sed omnibus iſtis exemplis vno verbo reſpódetur, dato, quod vera ſint, longe eſſe diſſimilia, nec ad hanc ſpeciem recte applicari, in qua & legis autoritas, & eius ratio aperte aduerſantur, per ipſam [illegible] quæ eſt viciſſitudinem nihil prorſus operari.

CAPVT LXXXVII.

Pactum de futura ſucceſſione in contractu matrimoniali adiectum an valeat?

CONuentiones de futura [illegible] pactis matrimonialibus adiectas vt puta, quod ſolus primogenitus ex eo matrimonio ſuccedat, valere, autores [illegible] plurimi: *Guido Papa, q. 267. & 505. & alij, quos refert & ſequitur Menoch. in conſ. 1. n. 1[illegible]* Et prætermiſſis leuib. argumentis adducti in hanc ſententiam ſunt ex l. Diui Conſtantini, C. *de naturalibus libe.* in illis verbis: [*Pacta, quæ matrimonij tempore ſuper dotibus, vel ante nuptias donationis rebus, ſubſecuta fuerint, etiã ad ipſorum perſonas pertinentibus, vt vna cum fratrib. ſuis poſtea ex eiſdem parentib. forte progenitis, aut ſoli, ſi nullus alius ſit procreatus [illegible] nuptias donationis pro tenore, le[illegible] pactorum emolumẽta percipiant.*] [illegible] bat l. ſi inter, ff. de pactis do[illegible]

Sed iſtis ego non aſſentior, [illegible] contraria ſententiam amplector, q[illegible] dit poſt alios, quos adducit late Tiraquellus, *de iure primogeniorum, q. 6.*

Ex moueor ex claris legibus, [illegible] rte declarant, non valere h[illegible] pacta, etiam in contractu matrimo[illegible], nempe ex l. pactum, 25. C. de pactis. [*P[illegible] textus, quod dotali inſtrumento cõpre[illegible] eſt, vt ſi pater vita fungeretur, ex aqua portione[illegible], qua nubebas cum fratre heres patri ſuo eſſe[illegible] nec [illegible] obligationẽ contrahere: neq; libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.*] Et ex l. Hæreditas. C. de pactis conuentis. Diocletianus: [*Hereditas extraneis teſtamento datur. Cum igitur affirmes dotali inſtrumento pa[illegible] interpoſitum eſſe vice teſtamenti, vt p[illegible] mulieris bona eius ad te pertinerent: q[illegible] lo tibi non ſunt obligata, intelligis, nulla [illegible] poſſe conuenire heredes ſeu ſucceſſores eius, vt [illegible] reſtituantur, quæ nullo modo debentur.*]

Hæ

His legibus, quæ tamen ſatis perſpicuę ſunt, & ad rem maximè pertinent, nullum à quoquam ex contrariæ ſententiæ autoribus allatum reſponſum legi. Contra verò ad leges contrariæ ſententiæ plana eſt reſponſio, eas loqui de pactis circa dotem & donationem propter nuptias, vt patet ex ipſis verbis dictarum legum. Nemo autem negat ea pacta valere: ſed noſtra quæſtio eſt, an valeant extra dotis & donationis propter nuptias cauſſam. Et ideo non ſine cauſa Diocletianus, *in d.l. Hæreditas. C. de pactis conuentis.* addidit illa verba: *quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata.* Sciebat enim pacta eiuſmodi circa dotem & donationem propter nuptias inter coniuges valere, & ſeruanda eſſe.

CAPVT LXXXVIII.

Excommunicatus an poſſit teſtari.

VETVS eſt controuerſia de excommunicato, an poſſit teſtamentum facere; & licet non dubium ſit, quin cōmunior ſētentia poteſtatem illi hanc faciat, excepto tamen hæretico & læſæ maieſtatis reo, *vt in c. excommunicamus. §. credentes, de hæret. & in c. felicis, de pœnis, lib. 6. ſicuti teſtatus eſt olim Fridericus Senenſis in conſ. 74. & non ita pridem Antonius Gabrielius, lib. 4. comm. concl. tit. de teſtamentis, concluſ. 1. Couar. ad Rubr. de teſtamentis, in 2. parte, num. 18. Clarus in § teſtamentum, q. 24.* tamen mihi videtur iuris rationi magis cōſentanea contraria ſententia, quam gloſſ. ſequitur *in c. decernimus, de ſentent. excomm. lib. 6.* Hoſtienſis *in c. pia, de except. in 6.* Et quidam alij, *qui citantur in locis annotatis.* Nam ſi liceret excommunicato facere teſtamentum, liceret eidem etiam cum alijs communionem habere, & actus legitimos exercere. Neque enim teſtamentum quis facere poteſt, niſi teſtes adhibeat, & coram eis ſuam voluntatem enunciet. Adhiberi ſolet etiam Notarius, qui de teſtamento inſtrumentum conficiat, vt notum eſt. Sed quin hæc excommunicato interdicta ſint, dubium non eſt, ideo excommunicatus neque agere, neque patrocinari, neque teſtificari poteſt, *d. c. decernimus, de ſentent. excommun. lib. 6.* Ergo nec teſtari: Eſt enim par ferè ratio. Et iam conſtat teſtamenti factionem in ſuperioribus caſibus expreſsè interdictam, ſcilicet hæretico, & læſæ maieſtatis reo, qui ſunt excommunicati.

Nec difficile eſt ad argumenta communioris ſententiæ reſpondere; Illa enim diligenter à Friderico Senenſi commemorantur.

Primum eſt; quia teſtamenti factio non eſt prohibita excommunicato, ergo intelligitur permiſſa, *vt notat Gloſ. in l. ſi quæramus, ff. de teſtament.* Reſpondeo etſi nominatim prohibita non ſit, tacitè tamen prohibitam cenſeri, ex eo, quod excommunicatus ab omni fidelium communione excluſus eſt, & præterea nominatim eſſe prohibitam in duobus caſibus, vt ſuprà.

Secundum argumentum eſt: quia excōmunicatus retinet dominium bonorum ſuorum; ergo de illis ad libitum ſuum diſponere poteſt. Reſpondeo, non eſſe bonā conſequentiam, niſi eatenus diſponat, vt non cum fidelibus communionem habeat: hoc enim eſt ille beneficio priuatus. Et ideo teſtari non poteſt, quia ſic communicaret cum alijs.

Tertium argumentum eſt; quia ſi dicamus valere teſtamentum, eſt maior fauor eorum, ad quos bona excommunicati, pertinent, quàm ipſius excommunicati, ergo propter vtilitatem noſtram, debemus dicere teſtamentum valere. Reſpondeo, negando conſequentiam; quia immo ſi teſtari excommunicatus non poſſit, nihilominùs bona eius ab inteſtato ad legitimos tranſeunt hæredes. Nec propter bona temporalia debemus concedere, vt excommunicato liceat cum alijs communicare, ſed tantùm id licet propter ſalutem animæ ſuæ, *vt in c. cum voluntatem, de ſentent. excommunicat.*

Quartum argumentum: quia ſunt quidam ſpeciales caſus, in quibus excommunicatus teſtari non poteſt, nempè, propter hæreſim, & crimen læſæ maieſtatis, vt dictum eſt: ergo in alijs caſibus licebit excommunicato teſtari. Reſpondeo, non eſ-

ſe caſus ſpeciales illos. Neque enim dicitur ſpecialiter tantum in illis caſibus teſtamenti factionem denegari excommunicato, *in d.c. Felicis, de pœnis, in 6. & in c. excommunicamus. §. credentes, de hæreticis.*

Quintum argumentum eſt, quia ſequeretur abſurdum. Nam ſi iniuſta eſſet excõmunicatio, nihilominus teſtari non poſſet excommunicatus; Ergo ſi abſolutus eſſet, quo caſu debent omnia ei iura reſtitui, *c. qua de cauſa, ſecunda quæſt. 5.* tamen ſi deceſſiſſet, non valeret teſtamentum: & ſi ei teſtamenti factio non reſtitueretur. Reſpondeo ſi excommunicatus abſoluatur eidem reſtitui quoque factionem teſtamenti, & ideo licèt primum teſtamentum non valeat, quòd fecit cùm eſſet excommunicatus; valebit tamen aliud, quod facere poterit, cùm erit abſolutus: quod ſi non fecerit, erit illi imputandum.

Capvt LXXXIX.

Vtrum Clericus de fructibus bonorum Eccleſiaſticarum teſtari poßit.

HÆc eſt antiqua, celebris, & non parui momenti controuerſia. Vtrùm Clerici, & alij Eccleſiaſtici viri de fructibus beneficiorum & præbendarum Eccleſiaſticarum teſtari, tanquam veri eorum domini poſſint. Variæ ac diuerſæ fuere olim & inter recentiores etiam Doctorum, tum Canoniſtarum, tum Theologorum ſententiæ, *vt videre licet ex interpretibus poſt gloſſ. ibi. in c. præſenti, in verbo, reſeruati, de offic. ordin. in 6. cap. vlt. de peculio cleric. in c. cum in officijs, vbi late Couarr. de teſtament. Claro in §. teſtamentum, quæſt. 27 verſ. Quarto videndum eſt, Martino Nauarro in tractatu & Apologia de reditibus Eccleſiaſticis, Franciſco Sarmièto in libris de reditibus Eccleſiaſticis, vbi triginta commemorat opiniones, nouiſſime ex Reuerend. P. Gregorio de Valentia, Theologiæ hic profeſſore celeberrimo, quem omnes propter ſingularem eius doctrinam, ſanctitatem, & prudentiam cumprimis veneramur. Tom. 3. commen. Theologicorum, diſputatione decima, quæſtio 5. de ſtatu Epiſcoporum.*

Ego breuiter ſententiam meam aperiam eamque confirmabo, tum ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondebo, qui plura hac de re ſcire cupient, ſupradictos in locis annotatis conſulere poterit.

Exiſtimo clericos, & alios Eccleſiaſticos viros, teſtari poſſe de fructibus beneficiorum eccleſiaſticorum, quæ illis ſuperſunt vltra neceſſitatem eorum, & moueor hoc argumento: De quacunque re teſtari quis poteſt, cuius dominus eſt, ſi nulla lege teſtari prohibeatur. Sed clerici & alij eccleſiaſtici viri domini ſunt huiuſmodi fructuum, & nulla lege teſtari prohibentur, ergo teſtari poſſunt.

Maior propoſitio probatur, quia teſtamentum nihil aliud eſt, quam iuſta voluntatis noſtræ ſententia de eo, quòd quis poſt mortem ſuam fieri velit, *l. 1. ff. de teſtament.* Nemo autem diſponere poteſt, quid fieri velit niſi de eo, cuius eſt dominus, vt patet; quod autem de rebus ſuis quilibet teſtari poſſit, probatur, quia teſtandi facultas omnibus eſt conceſſa, exceptis ijs, quibus prohibita eſt, [*Nihil eſt enim, quod hominibus debeatur, quam vt ſupremæ voluntatis, poſtquam iam aliud velle non poſſunt, liber ſit Stylus & licitum, quod iterum non redit, arbitrium* l. 1. C. de SS. eccleſ. Et ideo rectè docet Accurſius. *in l. ſi quæramus, ff. de teſtament.* quemlibet habere teſtandi facultatem niſi expreſsè prohibeatur, *argument. l. ab ea, ff. de probat.* & omnes Doctores communiter idem paſſim docent, nullaque eſt difficultas.

Minor autem propoſitio duas habet partes. Prima, clericos eſſe dominos eiuſmodi fructuum. Altera, nulla lege expreſsè de his prohibitos eſſe teſtari. Quod ad primam partem attinet, probatur multis argumentis.

Primum eſt ex c. vni. de clericis non reſidentibus, l. 6. in illis verbis. [*Qui verò aliter de diſtributionibus ipſis quicquam receperit (illis quos infirmitas, ſeu iuſta & rationabilis corporalis neceſſitas, aut euidens Eccleſiæ vtilitas excuſaret) rerum ſic receptarum dominium non acquirat nec faciat eas ſuas, &c.*]

His verbis Summus Pontifex dicit, clericos non reſidentes, non acquirere dominium, nec ſua facere, quæ percipiunt ex diſtribu-

ſtributionibus, quæ vocantur quotidianæ, quæ ſine dubio nihil aliud ſunt, quàm fructus: aut certè nulla eſt ratio differentiæ inter eas, & alios fructus beneficiorum eccleſiaſticorum. Ergo ſi clerici reſideant, faciunt fructus ſuos, & eorum dominium acquirunt.

Et de fructibus ipſarum præbendarum idem conſtitutum eſt in Concilio Tridentino, *Seſſ. 23. c. 2. de reformatione*, vt nimirum eccleſiaſtici habentes curam animarũ, qui non reſident, *non faciunt fructus ſuos.* Ex quo ſimiliter argumentari licet, ſi reſideant, eos facere fructus ſuos; & per conſequens eorum dominium acquirere.

Secundum argumentum eſt *ex c. peruenit, de fideiuſſor.* in illis verbis: [*Alioquì de reditibus eorum præſcripta debita faciatis exolui & damna eorum, quæ propter hoc pertulit, reſarciri, aut prædictos reditus ſibi aſſignetis tam diu ſine moleſtia detinendos, donec ipſa damna reſarcita fuerint: & debita ſine diminutione ſoluta.*]

Hoc mandat Summus Pontifex, vt creditoribus clerici ſatisfiat ex fructibus & reditibus beneficiorum: quod argumento eſt, clericum dominium habere ipſorum fructuum. Neque enim ex rebus alienis iuſtum eſſet ſatisfieri creditoribus.

Tertium argumentum eſt ex ratione, qua vtitur R. P. Gregorius. Nam miniſtri eccleſiaſtici non debent eſſe peioris conditionis, quàm alij Reipub. miniſtri: At alij Reipub. miniſtri domini efficiuntur ſtipendiorum, quæ eis dantur, ergo eodem modo eccleſiaſtici miniſtri fiunt domini fructuũ ſuarum præbendarum.

Quartum argumentum ego ſic adfero. Aut viri eccleſiaſtici ſunt vſufructuarij, & tunc fructus faciunt ſuos, aut non ſunt, ſed adminiſtratores tantum, & tunc eos reſtituere tenentur: & conſequenter rationem adminiſtrationis reddere cogendi ſunt: ſed hoc nullo iure cauetur, vt reddere compellantur adminiſtrationis rationem, & loquor in foro hoc externo: Ergo fructus ſine dubio ſuos faciunt, alioqui cauendum erat aliqua lege, vt rationes reddere tenerentur.

Poſtremum argumentum eſt ex conſuetudine. Nam optima eſt legũ interpres conſuetudo, *l. ſi de interpretatione, ff. de legib.* Conſuetudine autẽ receptum eſſe in Hiſpania, in Gallia, & in Italia, vt clerici pro dominis exiſtimentur fructuum iſtorum, ac proinde de eis libere diſponant, teſtantur Couar. & Sarmientus *locis ſupra annotatis. Sarmientus inquam par. 4. de reditibus eccleſ. cap. 1. num. 8.*

Altera verò pars minoris propoſitionis, nulla lege prohibitum eſſe viris eccleſiaſticis de fructibus beneficiorum ſuorum teſtari, probatur, quia nullus ex iure canonico locus adferri poteſt, vbi contineatur huiuſmodi prohibitio. Notandum eſt enim nos loqui de fructibus præbendarum & beneficiorum, non autem de bonis mobilibus, vel immobilibus ex fructibus, vel aliunde per eccleſiam acquiſitis. Conſtat enim non licere clericis de eis teſtari *ex cap. relatum, in 2. ex cap. cum in officijs, & ex cap. ad hæc, de teſtamentis.* licet nonnulli res acquiſitas ex fructibus, & fructus ipſos cõfundentes, exiſtimauerint memoratis in locis prohiberi etiam de ipſis fructibus teſtandi facultatem: ſed Decretales prædictæ non loquuntur de fructibus ſed de bonis acquiſitis per eccleſiam. Sic enim ait text. in d. cap. Relatum. *Licet autem mobilia per eccleſiam acquiſita de iure in alios pro morientis arbitrio transferri non poſſint, &c.*] Et in c. cum in officijs: [*Quidam clerici cum ab eccleſijs ſuis mutua beneficia perceperint, bona per eas acquiſita in alios transferre præſumunt, &c.*] Et clarius in d. c. ad hæc. [*Præſentibus innoteſcat, quod clerici de mobilibus, quæ per eccleſiam ſunt adepti, de iure teſtari non poſſunt.*]

Quamobrẽ Iulius Clarus *loco ſuperius annotato*, recte bona quæſita ex fructib. eccleſ. diſtinxit ab ipſis fructibus: Et nos etiam diſtinguenda eſſe putamus. Ratio autẽ diuerſitatis illa poteſt adferri, quod licet clerici etiam huiuſmodi bonorum acquiſitorum ex fructibus ſint domini, & ideo videantur poſſe de eis pro eorum arbitrio diſponere, tamen cum per Eccleſiam ea acquiſiuerint, charitatis & gratitudinis ratio poſtulat, vt ea potius relinquant eccleſiæ, quam alijs. Et hoc eſt quod dicit text. in d. c. cũ in officijs. [*Cũ in officijs charitatis, primo loco illis teneamur*

obnoxij à quibus beneficium nos cognoſcimus recepiſſe; contra quidam clerici cũ ab Eccleſiis ſuis mutua beneficia perceperint, bona per eas acquiſita in alios transferre præſumunt. Hoc igitur quia antiquis Canonibus conſtat inhibitum, nos indemnitati eccleſiarum prouidere volentes, ſiue inteſtati deceſſerint, ſiue alijs cõferre voluerint, penes eccleſias eadem bona percipimus remanere.

Hæc ratio Charitatis non ita viget in ipſis fructibus, quoniam fructus ſunt ex rebus, quæ vſu conſumuntur, & ſicut ab ipſo clerico, vtpote eorum domino conſumi poſſunt, ita etiam ei licere debet eos teſtando in alios transferre, nec enim vt conſeruentur pro ipſa eccleſia, ita ratio ſuppetit, vt in alijs bonis mobilibus vel immobilibus, quæ iam ſunt acquiſita, puta ſi vaſa ſint aurea vel argentea, ſuppellex & ſimilia, quę ſeruando ſeruari poſſunt, neque tam facilè vſu conſumuntur.

Argumenta vero contrariæ ſententiæ, quæ clericos dominos non eſſe contendit, ad hæc omnia reuocantur, quòd eccleſiaſtica bona dicuntur Domino Deo donata, *c. qui Chriſti, 12. quæſtio 2. c. res eccleſiæ, 12. quæſt. 1. quòd ad pauperes pertineant, c. Præcipimus, &c. ex his, 12. quæſt. 2. quod clerici ſint diſpenſatores, c. decima, 16. q. 1. c. quod autem, 23. q. 7. c. 2. de donat.* Sed iſtis & ſimilibus, quæ in eandem ſentẽtiam latè adferri poſſunt; & à Nauarro & Sarmiento adferuntur, optimè reſpondet Reuer. P. Gregorius *loco annotato*, bona eccleſiaſtica Deo data eſſe, hoc eſt, propter Deum, & eius cultum, data eccleſiaſticis. Ad pauperes pertinere, quia eleemoſinæ ex reditibus eccleſiaſticis impertiendæ ſunt. Clericos eſſe diſpenſatores, & non dominos ſcilicet bonorum ipſorum eccleſiaſticorum, mobilium vel immobilium; nõ autem fructuum, qui ex præbendis percipiuntur.

Ad probandum autem clericos non poſſe teſtari de huiuſmodi fructibus beneficiorum & prębendarum, adferuntur à Nauarro hæc iuris Canonici loca, *c. Epiſcopi, &c. ſint manifeſta, 12. q. 1. c. quia Ioannes, c. fixum. 12. q. 5. c. 1. c. ad hæc, c. quia nos, c. cum in officijs, c. relatum, in [illegible]. Et præterea Auth. Licentiam. C. de Epiſcop. & cler.*

Reſpondeo, omnia hęc loca loqui, & accipienda eſſe de bonis acquiſitis per eccleſiam, vel ex rebus & fructibus eccleſiæ, non autẽ de ipſis fructib⁹. Percurramus ſingula.

Adfertur primò c. epiſcopi, 12. q. 1. [*Epiſcopi*, inquit, *de rebus proprijs, vel acquiſitis, vel quicquid de proprio habent heredibus ſuis, ſi voluerint, derelinquant: quicquid vero de prouiſione ſuæ eccleſiæ fuerit, ſiue de agris, ſiue de fructibus, ſiue de oblationibus, omnia in iure eccleſiæ reſeruare cenſuimus.*

Reſpondeo, textum loqui de bonis, quæ conſtituta ſunt pro eccleſiæ prouiſione: nã ſiue agri ſint, ſiue fructus annui, ſiue oblationes, illa omnia Epiſcopus in iure Eccleſiæ reſeruare tenetur, non autem relinquere ſuis hęredibus poteſt, ſicut bona propria. Itaque nõ loquitur textus de fructibus perceptis ab ipſo Epiſcopo pro ſuo vſu ipſius, ſed de fructibus, & alijs, quæ pertinent ad prouiſionem ipſius eccleſiæ; quæ meritò reſeruandæ ſunt eccleſiæ, non ad hæredes transferenda: ſed quo minus fructus iam perceptos, & quorum dominus eſt Epiſcopus factus, hæredibus relinquere poſſit, nõ rectè inferri poteſt.

Adfertur 2. text. *in c. ſint manifeſta, eadem cauſa, & quæſt.* qui loquitur de rebus eccleſiæ, non autem de fructibus præbendarum & beneficiorum: [*Sint manifeſte*, inquit, *res propriæ epiſcopi, ſi tamẽ habeat res proprias, & manifeſta dominica, vt poteſtatem habeat de proprijs rebus epiſcopus moriens, ſicut voluerit, & quibus voluerit derelinquere, ne ſub occaſione eccleſiaſticarum rerum, ea quæ Epiſcopi eſſe probantur, interdicantur.*].

Tertio, adfertur tex. *in c. 1. 12. q. 5.* qui loquitur de rebus mobilibus eccleſiæ, vt patet illis verbis: [*Itaq; fraternitatem tuam, tempore quod ad nos fuit, conqueſtam eſſe recolimus, quod quædam mobilia, quæ Conſtantinus deceſſor veſter teſtamenti ſeriæ legati titulo dereliquit, decreuiſſeq; nos, vt ſi hoc conſtaret, nullum ex his eccleſia veſtra præiudicium pateretur, &c.*]

Quarto text. *eadem cauſa & quæſt. in c. quia Ioannes.* Sed loquitur de rebus eccleſiæ, non autem de fructibus, vt patet vbi [*Huius igitur Monaſterij & collectarum illic rerum, quia in teſtamento, quod condidit, feciſſe noſcitur mentionem,*

uem, ſciendum vobis eſt, nõ nos ideo ea confirmaſſe; quoniam eius ſupremã ſequimur voluntatẽ, &c.]

Quinto textus eadẽ cauſa, & quæſt. in c. fixum. ſed loquitur de rebus acquiſitis. Id patet ibi, [*Poſtquam autem Epiſcopus factus eſt, quaſcunque res de facultatibus eccleſiæ, aut ſuo, aut alterius nomine comparauerit, decernimus, vt non in propinquorum ſuorum, ſed Eccleſiæ, cui præeſt, iura deueniant.*]

Sexto, adferuntur c. 1. c. ad hæc, c. cùm in officijs, c. quia nos, c. relatum, in 2. de teſtament. quæ omnia loquuntur de rebus acquiſitis per Eccleſiam, nullum verbum de fructibus Eccleſiæ. Tria ex his ſupra retulimus: reſtant duo, nempe c. 1. & c. quia nos, In c. 1. ſic dicitur: [*Quicquid vero Eccleſiæ, ante ipſius conſecrationem eſſe cognoueris, vel in Epiſcopatus ordine prædictum Epiſcopum acquiſiuiſſe, in eiuſdem Eccleſiæ dominio conſeruetur.*]

In c. quia nos, ſic habetur: [*Dę iis tamen, quæ conſideratione Eccleſiæ perceperunt, nullum de iure poſſunt facere teſtamentum.*] Loquitur ibi Summus Pontif. de clericis, qui aliquid acquiſiuerunt occaſione Eccleſię, quia ſcilicet Eccleſiæ contemplatione eis datum fuit. Denìq; text. in Auth. licentiam, C. de epiſc. & cler. ſimiliter de rebus acquiſitis loquitur, vt patet ex illis verbis: [*Cæteris rebus acquiſitis ab eo, dominio eccleſiæ reſeruatis, &c.*]

CAPVT XC.

Teſtamentum an valeat, quod confectum eſt non adhibitis iuris ſolennibus, ſed ſtatuti eo in loco vigentis, vbi teſtamentum eſt conditum, ex quo tamen loco teſtator oriundus non eſt?

VETVS controuerſia eſt, Teſtamentũ condidit aduena, exempli cauſa, Venetijs, ſecundum conſuetudinem, quæ ibi viget, coram duobus vel tribus teſtibus, vtrum etiam vbique vires obtinere debeat? Oldradus *in conſ.* 248.

Præſuppoſita conſuetudine reſpondit non valere, & eiuſdem ſententiæ dicitur olim fuiſſe Iacobus de Arena. Sed cõtrarium docuit Bart. *in l. 1. C. de ſumma Trinit. num.* 24. quem cæteri magis communiter ſequuti ſunt, *vt videre licet ex Iaſone ibid. num.* 40. *& in 2. lect. nu.* 82. *vide Gabrielium lib.* 4. *commun. concluſ. tit. de teſtamentis, concluſ.* 4. *& Andr. Gaill. l. 2. de Obſeru.* 123.

Argumenta Oldradi hæc ſunt: Primum ex l. ſed ſi accepto, ff. de iure fiſci. Martianus: [*Sed ſi accepto vſu togæ Romanæ* (obſides) *vt ciues Romani ſemper egerint; Diui fratres procuratoribus hæreditatem reſcripſerunt, ſine dubitatione ius eorum ab obſidis conditione ſeparatum eſſe beneficio principali. Ideoq; idem ius eis ſeruandum, quod haberent, ſi à legitimis ciuibus Romanis hæredes inſtituti fuiſſent.*

Sed hoc ad rem, de qua agitur, non pertinet. Etſi enim id Martianus à contrario ſenſu velit, obſides, qui vſu togæ Romanæ non accepto, Romæ fuerint, eodem iure non frui in bonis, quæ eis relinquuntur; quo cæteri fruuntur, qui à ciuibus Romanis hæredes inſtituti ſunt, non tamen ex hoc quicquam inferri poteſt ad rem noſtram. Eſt res plane diuerſa, diſſimilis, aliena prorſus. Noſtra enim diſputatio eſt, an peregrinus, & aduena, teſtamentum faciens, adhibitis ſolennibus ex conſuetudine loci, in quo teſtamentum fit, rectè id fecerit, vt proinde etiam alibi valeat, quæ res cum Martiani reſponſo nihil habet cõmune.

Secundum argumentum eſt ex l. ſi non ſpeciali, C. de teſtamentis. Diocletianus: [*Si non ſpeciali priuilegio patria tua iuris obſeruatio relaxata eſt, & teſtes non in conſpectu teſtatoris teſtimoniorum officio functi ſunt, nullo iure teſtamentum valet.*]

Sed nihil vrget hoc argumentum. Nam text. loquitur de eo qui teſta. fecit in patria ſua, non ſeruatis ſolennibus, & ideo dicit illud non valere, niſi priuilegio ſpeciali patriæ ſuæ iuris ſolennitas relaxata ſit. Nos vero loquimur de aduena & peregrino, qui eo in loco teſtamentum facit, vbi iuris ſolennitas relaxata eſt.

Tertium eſt ex l. vlt. C. de teſtam. vbi cõſuetudo teſtandi, non adhibitis ſolennibus iuris, approbatur duntaxat in locis ruſticorum, in quibus literatorum copia non eſt; Ergo in alijs locis adhibenda ſunt iuris ſolennia.

Sed nihil prorſus facit; quia noſtra quæſtio iam ſupponit relaxatam eſſe iuris ſolennitatem in loco, in quo teſtamentum conficitur: ſed in eo tantum eſt difficultas, an & peregrinus eodem iure potiatur in teſtamento ibi condendo, qua de re nihil in d. l. vlt.

Quartum argumentum eſt ex l. nummis, de leg. 3. in illis verbis: [*Si neque ex conſuetudine patriſfamilias, neque ex regione, vnde fuerit; neque ex contextu teſtamenti poſſit apparere.*]

Nihil valet, quia hoc Iuriſconſul. dicit: [*Nummis indiſtincte legatis hoc receptum eſſe, vt exiguiores relicti cenſeantur,*] ſi neq; ex conſuetudine patriſfamilias, &c. quæ res longiſſimo diſtat à quæſtione hac noſtra interuallo, vt patet.

Argumenta verò Bart. hęc ſunt; Primum eſt ex l. 2. C. quemadmod. teſtam. aper. Valerianus: [*Teſtamenti tabulas ad hoc tibi à patre datas, vt in patriam perferantur, affirmans, potes illuc perferre, vt ſecundum leges, moresq; locorum inſinuentur.*]

Hoc argumentum nihil probat. Nihil enim aliud dicit Valerianus Imperator, niſi teſtamenta ſecundùm mores & leges locorum publicanda & aperienda eſſe. Sed noſtra diſputatio eſt, an leges moresque locorum locum habeant in peregrinis, & aduenis; vſque adeo, vt teſtamentum, quod ibi fit ſecundùm leges, & mores loci, à peregrinis & forenſibus, alibi quoque valere debeat, de qua re nihil reſpondit Imperator.

Secundum argumentum eſt ex l. 1. C. de emancipat. liberor. Diocl. [*Si lex municipij, in quo te pater emancipauit poteſtatem Duumuiris dedit, vt etiam alienigenæ liberos ſuos emancipare poſſint: id quod à patre factum eſt, ſuam obtinet firmitatem.*]

Nihil probat; primo, quia non loquitur de ſolemnitate actus; ſed de poteſtate faciendi; ſecundo, quia requirit nominatim datam eſſe poteſtatem Duumuiris, quæ etiam ad alienigenas extendatur.

Tertium argumentum eſt ex l. vlt. ff. de milit. teſtam. Vlpia. [*Reſcripta Principum oſtendunt, omnes omnino, qui eius ſunt gradus, vt iure militari teſtari non poſſint, ſi in hoſtico deprehendantur, & illic decedant: quomodo velint, & quomodo poſſint teſtari. ſiue Præſes ſit prouinciæ, ſiue quis alius, qui iure militari teſtari non poteſt.*]

Nihil probat: quia hoc Vlpianus dicit, eos qui in loco hoſtili reprehenduntur, & illic decedant, teſtari poſſe, quomodo velint, iure militari: Eſt hoc ſpeciale priuilegium, quod illis eſt conceſſum, ex quo non rectè quis argumentari poteſt, valere teſtamentum in omnibus locis à peregrino factum ſecundum loci conſuetudinem.

Poſtremum argum. ex l. ſi fundus. ff. de euict. Caius: [*Si fundus venierit, ex conſuetudine eius regionis, in qua negotium geſtum eſt, cauere oportet.*] Ergo idem dicendum in teſtamentis, vt ſcilicet regionis, in qua celebrantur, ſeruanda ſit conſuetudo.

Non multum vrget. Primò, quia non loquitur de conſuetudine regionis circa ſolennitates actus, qui celebrantur. Secundò, quia non loquitur de peregrino & forenſe. Tertio, quia loquitur, quando conſuetudo iuri repugnat, certas ſolennitates requirenti, quas conſuetudo regionis non requirat. Quartò, quia inter contrahentes inſpicitur ſemper quod actum eſt, quod ſi non appareat, inſpici debet, quod ex moribus regionis frequentatur, leg. ſemper in ſtipulationibus, ff. de regulis iur. [*Ea enim, quæ ſunt moris & conſuetudinis, in bonæ fidei iudicijs debent venire.*] l. quod ſi nolit, §. quia aſſidua, ff. de ædilitio edicto.

Cùm igitur nec argumenta Oldradi, nec nec argumenta Bartoli ſufficiant, ad controuerſiam iſtam decidendam, aliunde petenda eſt ratio eam decidendi. Et ſanè, vt mihi videtur, ex eo potiſſimum loco, quo in quæſtionem vocari ſolet, vtrùm forenſes gaudeant beneficijs Statutorum: Nam ſi gaudere debeant etiam forenſes & peregrini beneficijs Statutorum loci, ſequitur, vt etiam in teſtam. & alijs eiuſmodi actibus eis perfruentes, teſtamenta facere poſſint, eodē modo, quo & alij ciues, & municipes; Si vero non eis gaudere debeant, reſpondendum eſt, non poſſe etiam teſtando eis perfrui. Hęc autem quęſtio eſt longè facillima,

lima & clariſſima. Nam ſi forenſes munera Ciuitatis non ſubeant, neque municipum loco habendi ſunt, *l. 3. ff. ad municip.* ac proinde, ſicut onera ciuitatis non ſentiunt; ita nec commodis frui debent, *l. ſecundum naturam de reg. iur. Bart. in tract. repraeſal. in 5. quaeſt.* proinde, nec ſtatutis ligantur alienae Ciuitates, nec eis perfruuntur. *Decius in conſ.* 114. *&* 150. *ad fin. Caſtrenſ. in l. omnes populi, ad fin. ff. de iuſtit. & iur. Ruin. in conſil.* 150. *num. 7. lib. 5. Hippolyt. Riminal. in conſ. 11. num. 27. lib. 1.*

Quare ex his concludo, in praeſenti diſput. veriorem mihi Old. ſententiam videri, niſi talis ſit peregrinus, qui onera ciuitatis ſubire ſit ſolitus, ac proinde iure participare debeat commoda Ciuitatis & ſtatutorum eius.

Capvt XCI.

Teſtamentum à forenſe conditum ſeruatis ſolennitatibus loci, in quo illud condidit, an effectum habeat, quantum ad bona alibi ſita.

Ex his, quae in praecedenti cap. concluſa ſunt, non eſt difficile intelligere, teſtamentum à peregrino conditum, adhibitis non iuris, ſed ſtatuti ſolennitatibus eius loci, in quo conditum eſt, non poſſe executioni mandari quò ad bona alibi ſita, vbi non eſt tale ſtatutum. Concluſum eſt enim non valere eiuſmodi teſtamẽtũ, quia ſtatuti beneficia municipibus, non autem alienigenis cõcedi debent, *vt in praeced. c.* quae ſententia fuit olim Iac. Rauennatis, teſte Bart. *in l. 1. n. 36. C. de ſum. Trin.* Sed quoniã Bart. *eo in loco*, quẽ caeteri poſtea ſecuti ſunt, *vt patet ex Gabr. li. 4. com. concl. tit. de teſtam. concl. 4. & ex Andr. Gaill, li. 2. Obſ. 123.* exiſtimauit & teſtamentũ valere, & effectum habere etiã quò ad bona alibi ſita, faciendum eſſe putaui, vt argumẽtis, quibus ille, & alij ſectatores eius nituntur, breuiter reſponderem. Reſpondebo autem praecipuis tantum, non leuibus.

Primum argumentum eſt ex l. omnium C. de Teſtam. Theodoſius: [*Omnium teſtamentorũ ſolennitatẽ ſuperare videatur, quod inſertũ mera fide precibus inter tot nobiles, probatasque perſonas etiam conſcientiã Principis tenet. Sicut ergo ſecurus erit, qui actu cuiuſcunq; iudicum aut municipũ, &c. Poſtremũ publicauit iudicium, &c.*]

Nihil probat, quia hoc eſt ius commune, & generaliter conſtitutum; vt teſtam. valeat etiam ſine ſolennitatibus aliàs requiſitis, quoties, vel Imperatori, vel actis iudicis aut municipum inſinuatur: qua de re noſtra non eſt diſputatio.

Secundum arg. eſt ex l. vlt. C. de teſtam. vbi teſtamentum ruri conditum abſque ſolennitatibus iuris vbique validum eſt.

Nihil probat: Primò, quia id ita iure cõmuni conſtitutum eſt. Secundò, quia textus dicit validum eſſe teſtamentum ruſticorum, de aliorum autem teſtamentis ruri conditis non loquitur. Verba haec ſunt: [*Quod igitur quiſque ruſticorum, ſicut praedictum eſt, pro ſuis rebus diſpoſuerit, hoc omnimodo legum ſubtilitate remiſſa, firmum validumq; conſiſtat.*]

Tertium argumentum eſt ex eo, quòd, cum agitur de ſolennitate actus, inſpicitur locus, in quo actus celebrari debet, & eius loci conſuetudo, *l. 1. in fin. ff. de ventre inſpiciendo.* Reſpondeo, nihil obſtare: non enim loquitur lex de peregrino, & aduena; Nec de actu, qui ab eius ſolius voluntate pendeat, prout eſt teſtamentum.

Quartum argumentum eſt ex l. in hac, & ex l. lata, C. de donat. quas Iaſon attulit. Reſpondeo ad rem non pertinere; quia nõ loquuntur de aliquo ſpeciali Statuto Ciuitatis aut Municipij: quod etiam peregrinũ iuuet, & obliget, vt in quaeſt. noſtra: ſed ius generale continent, illud ſcilicet, vt donationes actis inſinuatae valeant, etiamſi res donatae alibi ſint poſitae.

Poſtremum argumentum eſt ex eo, quòd acta in vno iudicio facta probent etiam in alio iudicio inter eaſdem partes, & actio competens pro rebus alibi etiam intentari poteſt, vbi res non ſunt, *l. vlt. C. de praeſcript. longi temporis.*

Nihil probat, quia quaeſt. ſupponit valere teſtamentum, & eò tendit, vt probet etiam ad res alibi ſitas extendi & exequẽdum eſſe: ſed praeterquam, quod quae adferũtur, diſſi milia ſunt, illud fundamentum non eſt ſatis firmum, videlicet teſtamentum ipſum valere: Contrarium enim iuri magis conſonum videtur.

Capvt

CAPVT XCII.

Vtrum valeat teſtamentum coram quinq; teſtibus tempore peſtis.

MAGNA fuit & olim, & nunc controuerſia inter Doctores: Vtrùm teſtamentum tempore peſtis conditum coram minori numero teſtium, quàm requiratur aliàs regulariter, puta coram quinque tantum teſtibus, valeat, *vt videre licet ex Iulio Claro in §. teſtamentum, q. 56. & Rolando à Valle in conſ. 81. lib. 1. Ant. Teſauro deciſ. Pedemont.* 180. *Maſcardo lib. 3. de probat. concl.* 1352. *nu.* 18. Ego ſanè reſpondendum puto non valere, autoritate textus in l. 8. C. de teſtamentis, vbi Diocletianus ita dicit: [*Caſus maioris ac noui contingentis ratione aduerſus timorem contagionis quæ teſtes deterret: licet aliquid de iure laxatum eſt: non tamen prorſus reliqua teſtamentorum ſolennitas perempta eſt. Teſtes enim huiuſmodi morbo oppreſſos eo tempore iungi, atque ſociari remiſſum eſt: non etiam conueniendi numeri eorum obſeruatio ſublata eſt.*]

Sententia legis eſt ſatis perſpicua. Tempore peſtis aliquid de ſolennitatibus relaxatum eſſe in Teſtamentis. Relaxatum autem hoc eſſe, vt non conueniant ſimul teſtes ad audiendum vnico contextu teſtam, ſed non eſſe ſublatam hanc ſolennitatem, quæ pertinet ad teſtium numerum, atque adeò permiſſum, vt minor numerus eorum adhibeatur. Et ideo non puto legendum in d. l. conueniendi numeri, ſed potius, conuenientis numeri, quanquam & ſi legatur, conueniendi numeri, ſenſus eſt; ſublatam non eſſe ſolennitatem numeri [illegible] conueniendi: id eſt, inueniendi numeri in teſtium, ſcilicet legitimum. Septem ergo teſtes requiruntur: ſed non eſt opus, vt omnes ſimul ſocientur, & iungantur, vt coram eis teſtam. publicetur, ſiue inſinuetur, & ab eis vel ſubſcribatur ſimul, vel audiatur. ſed ſufficiet, ſi ſeparatim teſtes ſinguli adhibiti ſint, quod ſanè & ad exequendum, & ad intelligendum in promptu [illegible] videtur. Non ergo minor numerus, puta quinque teſt. ũ, ſufficere poterit in teſtamento tempore peſtis condito ex hac lege Diocletiani.

Ad contrariæ ſententiæ argumenta ita reſpondeo. Primum eſt huiuſmodi: Tempus belli, & tempus peſtis æquiparantur. Sed in bello valet teſtamentum minus ſolenne: ergo & peſtis tempore valebit. Reſpondeo, negando illam abſolutam comparationem belli, & peſtis. Nam conſtat, omnem ſolennitatem militibus relaxatam eſſe in teſtamentis condendis, in Inſtit. de militari teſtam. At peſtis tempore aliquid tantùm de iure relaxatum eſſe, non omnem ſolennitatem relaxatam, *vt in d. l. caſus. C. de teſtament.*

Secundum argumentum eſt ex l. vltim. C. de teſtament. vbi in teſtamentis ruſticorum minor numerus teſtium ſufficit, quia ſcilicet, maior haberi non poteſt. Idem igitur iuris erit peſtis tempore; quia nec tunc maior numerus teſtium facilè habetur. Reſpondeo, negando extenſionem, quæ fit de teſtamentis ruſticorum ad teſtamentum in Ciuitate conditum, in qua ſit peſtis; licèt enim propter contagionem non tam facilè teſtes iungi, & ſociari poſſint, tamen ſeorſim adhiberi poſſunt. Quod ſi nec tam facilè adhiberi poſſint, etiam ſeorſim ſeptem teſtes, ita tamen viſum eſt Imperatori vt non valeat: quandoquidem nihil ex numero teſtium remiſit. Et ratio illa adferri poteſt, quoniam circa teſtamenta verſatur maxima falſitatis ſuſpicio, & periculum, reſque eſt magni momenti. Et poteſt quiſpiam Codicillos facere, vel donationem cauſa mortis, legataque & fideicommiſſa relinquere adhibitis quinque teſtibus: Et ſic aliquo modo de rebus ſuis [illegible], licet non ſit teſtamentum, ordinare poteſt, ſi ſeptem teſtium copiam habere non poſſit.

Tertium argumentum ex neceſſitate, & impedimento eius: quia videlicet tot teſtes peſtis [illegible] haberi non poſſunt, ſumitur, & multis exemplis [illegible] neceſſitatem, & [illegible], ac neceſſitatem [illegible] pedimenta [illegible], qui non facit, quod ex lege tenetur: Sed [illegible] eſt contra ſtimulum [illegible], lege noua opus eſſet, quæ à Principe conderetur. Nam ſi legi

legi iam conditæ parendum eſt: argumentum nihil mouet: quoniam etiam Diocletianus non ignorauit hæc impedimenta, & has neceſſitates & difficultates, & tamen apertè ſanxit, nihil de numero teſtium conueniendorum ſublatum eſſe. Eat nunc aliquis, & conſtendat neceſſitatem immunem eſſe [illegible] hac lege, quia teſtes tot haberi non poſſunt, quot à iure requiruntur. Quid enim, ſi ne [illegible] duo habere poſſint, nunquid valebit teſtamentum coram vno teſte? Et tamen a[illegible] [illegible]entum ex neceſſitate probat, etiam [illegible] [illegible] adhibito teſte valere, [illegible] nullo etiam teſte adhibito, ſi haberi [illegible] [illegible] bit teſtamentum eadem [illegible] neceſſitate. Exemplum eſto: ad [illegible]utandum ex neceſſitate petitum argumentum.

Concedit Imperator, vt valeat teſtamẽtum à ruſticanis conditum, etiam quinque teſtibus ſolum adhibitis, ſi in eo loco plures haberi non poſſint. Iam fac nec quinq; haberi poſſe: Dices valere neceſſitatis huius prætextu, & tamen non valet. Audi Iuſtinia[illegible]um in l. vlt. C. de teſtam. [*Sin autem in loco illo minime inuenti fuerint ſeptem teſtes vſq; ad quin[illegible] modo omnibus a[illegible]hiberi iubemus: minus autem nullo modo concedemus.*]

Capvt XCIII.

Primum teſtamentum, quod poſteriore reuocatum intelligitur, qua ratione reuiuiſcat, ſi poſterius inciſum & reuocatum ſit à teſtatore?

Scribit Papinianus [illegible] hæc verba in l. [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [*Teſtamento facto Ti*[illegible] *rogatus* [illegible] [illegible] *ac poſt* [illegible] *iuris* [illegible] *vita deceſsit.* [illegible] *heres,* [illegible] *poſſeſsionem* [illegible]*t, except*[illegible] [illegible] [illegible] *quidam* [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] *Non enim de iure teſtamenti maxime quæritur, ſed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio, quamquam actori opponatur, ex perſona tamen eius, qui eo ponit, æſtimatur.*]

Ex hoc Papiniani reſponſo rectè colligitur. Primum teſtamentum, quod poſteriore reuocatum eſt, reuiuiſcere, ſi teſtator poſterius inciderit, aut reuocauerit. Sed controuerſum eſt, quomodo id accipiendum ſit; Vtrùm primum teſtamentum vſq; adeò reuiuiſcat, vt etiam actio competat hæredi, qui in eo eſt inſtitutus, per quam hæreditatem petere, & vindicare poſſit: an vero exceptio tantum ei competat, per quam agentem ex teſtamento poſteriori repellere poſſit. Quod magis ſuccinctè & ſcholaſticè idem valet, ac ſi quæratur, an reuiuiſcat iure actionis, vel exceptionis. Et Accurſio ac Bartolo *in Commentarijs d. §. teſtam. & l. ſancimus. C. de teſtamen*, viſum eſt exceptionis, non autem actionis iure reuiuiſcere. Idem placuit Alberico, Salyceto, & Caſtrenſi, *in l. ſancimus, C. de teſtame.* necnon Iaſoni & Baldo ibidem. Quanquam Baldus & Caſtrenſis dicant, iure Ciuili ita reuiuiſcere, ſed ex æquitate prætoria etiã actionis iura reuiuiſcere, quam poſtremam ſententiam ſecuti ſunt Menochius *in conſ.* 176. *num.* 7. & 8. & Marcus Antonius Eugenius *in conſ.* 59. *num.* 19.

Fundamentum exiſtimantium prius teſtamentum iure exceptionis reuiuiſcere, nõ autem iure actionis, illud eſt; quia crediderunt hanc eſſe Papiniani ſententiam in loco citato, propter illa verba: [*Non enim de iure teſtamenti maxime quæritur; ſed de viribus exceptionis.* Exceptionis, inquit Gloſſ. *ſcilicet oppoſitæ ex primo, contra agentem ex ſecundo.*] Sed longè alius eſt ſenſus verborum Papiniani. Nam illa verba referri debent ad quæſtionem [illegible] propoſitam. [*Teſtamento facto Ti*[illegible] [illegible] *ſcriptus hæres ſi po*[illegible] *onem* [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] *& demum a*[illegible] [illegible]

H[illegible] [illegible] [illegible] eſt quæ[illegible] Nam [illegible] [illegible] teſtamento petit [illegible]

nem. Exceptio eſt teſtamentum ruptum eſſe propter capitis diminutionem. Iam exceptio iſta infirmatur, & nullas habet vires, [*Si ſui iuris effectus teſtator, Codicillus aut alijs literis eodem teſtamento ſe mori velle declarauerit: voluntas enim* (hoc eſt primum teſtamentũ) *quæ defecerat iudicio recenti rediſſe intelligitur.*] quia ſcilicet ſui iuris effectus declarat, ſe mori velle cum illo teſtamẽto. Exemplum affert Papinianus, ſi quis aliud, hoc eſt, primum teſtamentum feciſſet, deinde poſterius; & poſterius hoc incidiſſet, vt prius valeret, tunc enim prius teſtamentum valeret, ac prorſus reuiuiſceret, ſublato iam poſteriore ad hunc ſinem, vt primum valeret. Nec ex his obijcere quis poteſt, inferri poſſe teſtamentum nuda voluntate conſtitui in ea ſpecie, quæ de arrogato proponitur: neque enim nuda voluntas teſtamentum conſtituit, ſed hoc operatur ipſius adrogati, qui poſtea ſui iuris effectus eſt, voluntas, qua declarauit ſe decedere velle cum primo teſtamento, vt non amplius hæredi inſtituto in ipſo teſtamento obſit illa exceptio, quòd propter capitis minutionem ruptum eſſet, ſicuti nec hæredi agenti ex primo teſtamento obſtaret exceptio, quod poſteriore ruptum eſſet, ſi poſterius inciſum eſſet à teſtatore ea mente, vt prius, quod condiderat, teſtamentum valeret. Hæc eſt vera & plana huius reſponſi interpretatio, quam nullo modo ſuffragari eorum ſententiæ, qui ex exceptionis iure teſtamentum prius conualeſcere, non etiam actionis exiſtimarunt, ſed potius contrariæ, quæ ſcilicet actionem etiam tribuit ex primo teſtamento, ex dictis ſatis vt arbitror, perſpicuum eſt.

Capvt XCIV.

Filiusfamilias an teſtari poſſit de his rebus quarum vſusfructus parenti non acquiritur.

Explicandum [illegible] diſputat. controuerſiarum [illegible] quam in manibus habemus, (licet ante [illegible] locus erat opportunior) contra ſententiam, qui dixerunt, fi-

liumfamilias teſtamentum facere poſſe de bonis aduentitijs, quæ patri non acquiruntur, etiam quantum ad vſumfructum. Nam non deeſſe, qui eam tueantur; perſpicue appetet ex Decio *ad l. Semum, num.* 13. *& ad l. penult. C. qui teſtamentum facere poſſunt.* & ex Antonio Teſſauro *deciſ. Pedemont.* 150. Proſternamus eorum argumenta. Fundamentum prius figentes communis & verè ſententiæ ex l. penult. C. qui teſtam. facere poſſunt. [*Nemo ex lege,* (ſunt Iuſtiniani verba) *quam nuper promulgauimus in rebus, quæ parentibus adquiri non poſſunt, exiſtimet aliquid eſſe innouandũ: & permiſſum fuiſſe filijsfamiliarum cuiuſcũq. gradus, vel ſexus teſtamenta facere: ſiue ſine patrum conſenſu bona poſſideant ſecundum noſtræ legis diſtinctionem, ſiue cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittimus: ſed antiqua lex per omnia conſeruetur, quæ filijsfamiliarum, niſi in certis caſibus teſtamenta facere nullo modo concedit: & in his perſonis, quæ huiuſmodi facultatem habere iam conceſſa ſunt.*]

Non poſſet eſſe clarior ſententia ex l. vltim. C. de bonis, quæ liber. exiſtimari poterat Iuſtinianus teſtandi facultatem filijsfamilias permiſiſſe in iis rebus, quarum vſusfructus patri non acquiritur. Sic enim de ſe loquitur: [*Filijs autem familiarum in ijs duntaxat caſibus, in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, donec parentes viuunt, nec de ijſdem rebus teſtari permittimus.*] Ex quibus verbis rectè inferri poterat, permiſſum eiſd eſſe in ijs caſibus, in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus non eſt. Et ideò Iuſtinianus id præcauens, aliam legem edidit, & declarauit neminem ex hac ſua lege exiſtimare debere, in rebus, quæ parentibus acquiri non poſſunt, aliquid eſſe innouandum, & permiſſum eſſe filijsfamil. teſtamenta facere.

Ex quo primum argumentum eorum, qui exiſtimant filiofamil. & [illegible] caſibus, permiſſum eſſe teſtari, eundem [illegible] tur ab [illegible] Iuſtiniano [illegible] tur enim ex d. l. vlt. §. [illegible], at [illegible] eſt [illegible] momenti.

Secundum argumentum eſt ex Nouella *Vt liceat matri & auiæ* [illegible] illis verbis [*Res autem hæ* [illegible] *poſitus ſub poteſtate perſo-*

perſonis, ſi quidem perfectæ ſunt ætatis, licet ſub poteſtate ſint, licentiam habeant, quo volunt modo diſponere, &c.]

Reſpondeo, generalia illa verba, *quouis modo diſponere*, accipienda eſſe cum temperamento, ſcilicet, quatenus iure permiſſum eſt. Neque enim credibile eſt illis verbis, Iuſtinianum voluiſſe legem ſuam immutare, qua teſtamenti factio perſonis huiuſmodi ſub poteſtate conſtitutis inhibita eſt. Et ſane nullum eſt infirmius argumentum, quam quod ex verbis generalibus deſumitur ad legem particularem corrigendam & tollendam. Cùm nemini obſcurum ſit, qui in iure verſatus eſt, & in text. legendis, maximè eam eſſe Iuſtiniani conſuetudinem, vt ſuas vel antiquiores leges, non niſi præfatione aliqua, aut certe clara mentis ſignificatione abrogare, & tollere ſolear.

Tertium argumentum eſt, quia huiuſmodi aduentitia bona, in quibus pater nullum habet vſumfructum, caſtrenſi peculio comparantur, *l. Imper. ff. ad Treb.* Conſtat autem filiumfam. de caſtrenſi peculio teſtari poſſe. Reſpondeo, quantum ad hoc, comparata eſſe, quo filio actio competat. Sic loquitur text. in d. l. Imperator. ibi, [*Poſt decreti autem autoritatem in ea hæreditate filio militi comparari debuit: ſi res à poſſeſſoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret.*] Non ergo, ſi in aliquibus militi in his bonis filiusfamil. comparatur à lege, in omnibus comparandus erit à nobis.

Quartum argumentum eſt ex eo, quòd filiusfam. teſtari poteſt in quibuſdam alijs caſibus, in quibus vſusfructus bonorum parenti non acquiritur. Nam ex pluribus caſibus particularibus rectè conſtitui videtur regula generalis. Caſus vero particulares ſunt, *vt in l. cùm multa, C. de bon. quæ liber. & in Auth. Presbyteros. & in l. ſacroſ. C. de epiſc. & cleric.*

Reſpondeo, generali regulæ obſtare Iuſtinianum *in d. l. pen. C. qui teſtam. facere poſſunt.* & ideo in claris non eſt opus coniecturis. Scio ad l. pen. varias accommodari reſponſiones, ſed piget eas referre, quoniam ineptæ ſunt, & friuolæ nimis.

Capvt XCV.

Quanta ſit legitima filiorum portio, cùm de bonis patris, quæ propter delictum ad fiſcum peruenerunt, detrahi debet in caſibus, in quibus ex Statuto, vel conſuetudine confiſcationis locus eſt.

VT nihil ferè circa filiorum legitimam, quòd in controuerſiam vocari ſoleat, omittamus: Placet adhuc aliqua ſubijcere, & in primis illud, cum Statuto ſeu conſuetudine inducta eſt bonorum patris confiſcatio ob delictum eius, etiam filijs exiſtentibus contra Authentic. Bona damnatorũ, C. de bonis damnatorum. (illa conſuetudo paſſim viget in Italia) filiorum legitimam detrahendam eſſe, illamq́ue dimidiam partem bonorum patris eſſe, ſi vnus ſit filius, vel duo: Cæterum, ſi plures ſint, totum Aſſem continere: atque adeo confiſcationem tunc euaneſcere. Quamobrem repudiata ſententia Clari, *in §. fin. quæſt. 78. verſ. videndũ eſt etiam*, communiorem amplector, quam late tuetur Rolandus à Valle *in conſil. 97. lib. 2.* & poſt eum Anton. Teſſaurus *deciſ. Pedemont. 104. & late Peregrin. de iure fiſci, lib. 5. tit. 1. num. 38.* Ecce fundament. Olim bona cõfiſcabantur ob delictum patris, & tamen filiorum portio reſeruanda erat: & illa erat dimidia: Ergo & nunc eadem vigente confiſcationis lege, eadem erit adhibenda moderatio, vt ſua filijs portio aſſignetur. Calliſtrat. [*Etiam ij, qui ante concepti, & poſt damnationem nati ſunt, portionem ex bonis patrum damnatorum accipiunt: liberis autem ita demum portio tribuitur, ſi iuſtis nuptijs nati ſint,* l. 1. ff. de bonis damnat. Paulus: *Cum ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem adijciat, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, propter quod & in iure Ciuili ſuorum hæredum nomen eis inditum eſt, &c. Aequiſsimum exiſtimatum eſt eo quoque caſu, quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum &c. Vt qui ad vniuerſitatem venturi erant iure ſucceſsionis, ex ea portione conceſſa haberent,* l. cum ratio. ff. eod. tit.]

Theodoſius: [*Quando quis quolibet crimine damnatus capitalem pœnam, deportationem ve ſuſtineat, ſi quidem ſine liberis mortuus ſit, bona eius fiſcum perueniant: ſi vero filij, vel filiæ, vel nepotes ex defunctis filijs relicti erunt: dimidia parte erario vindicata, alia eis reſeruetur.*] l. vlt. C. de bonis damnatorum.

Quod dixi, quando plures ſunt liberi: omnia bona eis eſſe reſeruanda, probo ex d. l. cum ratio, vbi paulò infra Paulus ita ſubdit: [*Si plures liberos damnatus habeat, feruntur exempla, per quæ pluribus liberis omnia bona damnati conceſſa ſunt. Sed & D. Adrianus in hanc ſententiam reſcripſit. Fauorabilem apud me cauſſam liberorum Albini filiorum numerus facit: cum ampliari imperium hominum adiectione potius, quam pecuniarum copia malim.*]

Auſim dicere, ſi duo ſint tantum liberi, omnia eis bona damnati patris concedenda eſſe propter verba illa Pauli: [*Si plures liberos damnatus habeat.*] Nam pluralis ea locutio duorum numero contenta eſt, *in l. vbi num. de teſtib. c. pluralis, de reg. iur. Bart. ad l. ſi gemina, ff. arborum furtim cæſarum. Angelus Aretin. de maleficijs, in verbo, plurib. & plurib.*

Sed quoniam recepta eſt interpretatio, vt plures accipiantur liberi, cum ſunt tres, vel quatuor, id quod etiam indicant verba ſequentia Adriani: [*Fauorabilem apud me cauſam filiorum numerus facit.*] Ideo ſubſiſto, præſertim, cum neminem habeam huius interpretationis autorem.

Capvt XCVI.

Sitne aliquis modus iuri conſentaneus, quo reſtitutioni legitima filiorum ſubijci queat.

Restat vna tractanda nobis controuerſia circa legitimam: Sitne iuri conſentaneus aliquis modus Legitimam oneri fideicommiſſi ſubijciendi. Et placet eum eſſe, quem Doctores attulerunt: Si pater filio hærede inſtituto vniuerſali, eundem ſub conditione (ſi abſque liberis moriatur) rogauerit totam hæreditatem reſtituere, etiam comprehenſa ipſius filij legitima, ea tamen adiecta clauſula, vt ſi filius non acquieſcat voluntati paternæ, reſtitutioni etiam legitimam ſubijcienti, in ſola legitima pure inſtitutus ſit hæres. *Ita docuit Ioannes Dilectus de arte teſtandi, titulo 5. capite 31. numero ſexto, adducens Decium in conſil. 687. quod Reſponſum Decij probarunt Socinus iunior in conſil. 122. libro 1. Curtius iunior in conſil. 159. Alciatus in conſilio 497. Marzarius de fideicommiſſis, quæſt. 50.* Sed Decius & alij loquuntur in ea ſpecie, qua filius patris voluntatem approbauit: maiorem autem difficultatem eſſe Marzarius ſcribit in ea ſpecie, qua filius ſimpliciter ſe paternæ hæreditati immiſcuiſſet, ſed & in filio, qui patris voluntatem approbauerit, contrarium reſpondit Ruinus *in conſil. 149. num. 13. lib. 3.*

Ego vero ita rem hanc planam eſſe exiſtimo, vt nihil prorſus adferri poſſe credam, quod vel probabilem dubitationem inijcere debeat. Principio enim pater in propoſita ſpecie filium hæredem inſtituit in vniuerſa hæreditate: Hic nullus eſt querelæ locus. Deinde rogat eum per fideicommiſſum hæreditatem reſtituere; huc uſque nulla fit iniuria, quia conditio adijcitur, & ſuo iure pater vtitur. Tertio, legitimam quoque oneri obligat reſtitutionis. Hic incipit eſſe cauſa querelæ: quia legitima nullum recipit onus, *l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtam.* Et quia legitima excipi debet de reſtitutione, *vt in Nouella de reſtit. & in ea, quæ parit, &c. §. Quamobrem.* Sed occurritur huic querelę ea Clauſula, vt ſi filius non conſentiat, legitimam purè conſequatur abſque omni onere & conditione, ſcilicet, inſtitutionis iure. Si filius in legitima ſola hæres inſtitutus eſſet pure, & abſque conditione, ſine dubio teſtamentum patris impugnare non poſſet: ita enim cautum eſt Nouella, *Vt cum de appel. cogn. § aliud.* Ergo nec in caſu propoſito illud impugnare poterit: quia in legitima eſt inſtitutus, & poteſt eam conſequi ab omni onere liberam, & immunem, ſi nolit conſentire fideicommiſſo.

Huc accedat, quod conſtitutum eſt in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtament. vt legitima nullum recipiat grauamen

men, intelligendum eſſe, quando querela de inofficioſo aliàs teſtamentum reſcindi poteſt: tunc enim ne reſcindatur, cautum eſt, vt onus & conditio legitimæ adiecta nõ valeat, & pro non ſcripta habeatur, vt aliàs clare demonſtraui.

Sed teſtamentum reſcindi per querelam in propoſita ſpecie non poteſt. Nam filius inſtitutus eſt hęres vtroq; caſu, ſiue acquieſcat patris voluntati, ſiue non acquieſcat. Primo quidem caſu in vniuerſa hæreditate. Secundo autem caſu in legitima.

Quare Marzarij ſcrupulus in eo caſu, quo filius patris voluntatem non approbauerit, ſed ſimpliciter immiſcuit ſe hæreditati, nõ me offendit: Et multo minus argumentum Ruini *ex l. Seius, & Augerius. ff. ad legem Falcidiam*, Scæuola: [*Seius & Augerius. ſi intra diem triceſimum mortis meæ Reipublicæ noſtræ cauerint, contentos ſe futuros tot aureis legis Falcidiæ beneficio omiſſo: heredes mihi ſunto, quos inuicem ſubſtituo: quod ſi voluntati meæ non conſenſerint, exheredes ſunto. Quæſitum eſt, an heredes inſtituti hereditatem adire poßint ſi conditiom parere noluit, cum habeant ſubſtitutos eadem cõditione præſcripta? Reſpondi, Seium, & Augerium primo loco inſtitutos perinde adire poſſe, ac ſi ea conditio, quæ fraudis cauſa adſcripta eſt, adſcripta non eſſet.*]

Reſpondeo, in ſpecie noſtra non dixiſſe teſtatorem, ſi filius meus voluntati meæ nõ paruerit, exhæres eſto: ſed hæres eſto in legitima portione. Sunt igitur hęc diſſimilia, ibi fraus merito damnatur, hic nulla fraudis ſuſpicio oritur. Debita enim filio portio honorabili titulo relinquitur, ibi autem adimitur.

Caput XCVII.

Vtrum auus heredem inſtituere poßit nepotem ex filio ſpurio?

Vulgata eſt apud veteres, ac recentiores iuris interpretes controuerſia: Vtrum auus nepotem ex filio ſpurio hæredem inſtituere poſſit. Tres autem ſunt Doctor. ſententiæ: Vna inſtitui non poſſe. *Ita Cynus olim docuiſſe fertur in l. vltima. C. de naturalibus liberis, & Baldus docet in l. Gallus. §. quidã recte. ff. de liberis & poſthumis, & multi alij, quos commemorat Anton. Gabr. lib. 4. commun. cõcluſ. tit. de hered. inſtit. concluſ. 3. nu. 10. verſ. Contrarium.* Secunda eſt opinio, diſtinguendũ eſſe vtrum nepos ſit in poteſtate patris ſui, an vero ſui iuris effectus. Priore caſu inſtitui non poſſe, poſteriori autem poſſe, *ita Speculat. tit. de Succeßionibus ab inteſtato, §. 1. verſ. quid ſi habens Spurium. & ita intelligit Angelum, Paulus Caſtrenſ. in l. Gallus. §. quid ſi is, ante num. 7. ff. de liberis & poſthum.*

Tertia eſt opinio Bartoli, *in d. l. Gallus. §. quid ſi ita*, diſtinguendũ eſſe hoc modo. Aut conſtat auum inſtituiſſe nepotem filij contemplatione, vt illi acquiratur hæreditas, & tunc non poteſt: Aut certum eſt auum hęredem inſtituiſſe nepotem, non contemplatione patris: quia noluit patri eius aliquid acquiri, & tunc valet inſtitutio: Aut res eſt in obſcuro: quia videlicet non conſtat, an contemplatione filij auus nepotem inſtituerit necne, & tunc inſtitutio valet; nulla, ſcilicet, legitima ſobole exiſtente. Hanc ſententiam cæteri magis communiter ſecuti ſunt, *vt patet ex Gabrielio dicta concl. 3. tit. de teſtam. & eandem ſecutus eſt Illuſtrißimus & Reuerendißimus Cardinalis Paleotus in Commentarijs de nothis & ſpurijs, c. 53. & nouißimè Andr. Gayll, qui teſtatur in Spirenſi Auditorio receptam, lib. 2. obſ. 115. num. 5.*

Prioris ſententiæ, quæ negat inſtitutionem valere, fundamentum eſt: primo, quia eiuſmodi nepotes originem habent ex radice infecta, hoc eſt: ex filio ſpurio, cui pater nihil poteſt relinquere, §. *vltimo, in Authent. quibus modis natur. eff. ſui.* Secundo, quoniam filio ſpurio nihil relinqui à patre poteſt, nec recta via, nec per mediam perſonam, *l. 1. C. de naturalib. libe.* Ergo nec inſtitui nepos ex eo poterit: quia pater eius vſumfructum acquireret, *iuxta l. cum oportet. C. de bonis quæ lib.* Tertio, quia filij ſpurij ideo hęredes inſtitui prohibentur, vt facilius paterna libido reprimatur. Commune enim parentum votum eſt ad filios ſuos facultates tranſmittere, *l. reſcripto. ff. vnde libe.* quæ ratio in nepotibus æque viget. Quarto, quia quicquid nepoti relinquitur, id filij contemplatione relictum videtur, *l. dotem*

 dedit,

dedit, ff. de collat. bonor. Quinto, quoniam abſurdum videtur, nepotem melioris eſſe cõditionis, quam filius ſit, *argument. l. ſi vxna, §. in nepotibus. C. de bonis matern.*

Secundæ autem opinionis fundamentũ eſt in l. quæritur, ff. de bonis libertor. Terentius Clemens: [*Quæritur an filio exheredato etiam nepotes ex eo à bonorum poſſeßione liberti excludantur, quod vtiq; ſic dirimendum eſt, vt viuo filio donec in poteſtate eius liberi manent, non admittantur ad bonorum poſſeßionem: ne qui ſuo nomine à bonorum poſſeßione ſubmouentur, per alios eam conſequantur. Si autem emancipati à patre fuerint, vel alio modo ſui iuris effecti, ſine aliquo impedimento ad bonorum poſſeßionem admittantur.*]

Sic igitur & in propoſita ſpecie reſpondendum videtur, ne filius ſpurius, in cuius poteſtate nepos eſt, acquirat hæreditatem ſaltem quoad vſumfructum, iuxta leges poſteriores, nepotem inſtitui non poſſe.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt in l. vlt. C. de natural. lib. in illis verbis: [*Liceat eis* (ſcil. nepotibus) *quantum voluerint ſuæ ſubſtantiæ in eos conferrè, ſcilicet, nulla legitima ſobole ſubſiſtente. Filijs enim naturalibus relinqui conſtitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt: quia vitium paternum refrenandum eſſe exiſtimauerunt. In nepotibus autem non eadem obſeruatio in præfatis ſpeciebus cuſtodienda eſt, vbi legitima ſoboles minimè facit impedimentum.*]

Huic legi accedit alia ratio. Nam patris vitium & calamitas non nocet filio in ijs quæ aliunde, quam ab ipſo proficiſcuntur, *l. 3. ff. de interd. & relegat. l. 1. §. vlt. l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeß. contr. tab. l. ſi necem, §. ſi deportatus, ff. de bonis libert. l. cognouimus, cum Auth. ſequenti. C. de hæreticis.*

Ego & his argumentis, quæ fortiſſima ſunt, & autoritate tantorum patrum hanc ſententiam Bartoli amplector. Etſi enim Iuſtinianus *in d. l. vltim.* non loquatur de nepotibus ex filijs ſpurijs, ſed ex filijs naturalibus: Eadem tamen eſt ratio in nepotibus ex filijs ſpurijs, & cũ nulla lege prohibeantur inſtitui hæredes ab auo, itaque nati ſine ex legitimo matrimonio, & nullam prorſus culpam admiſerint, certè contra rationem iuris videtur eos excludere ab aui hæreditate relicta, vbi nulla ſubeſt auo legitima proles, ſicut loquitur ipſe Iuſtinianus.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus contraria nititur ſententia: reſponderi enim ad primum poteſt, negando conſequentiam illam: Oriuntur nepotes ex radice infecta, hoc eſt, ex eo, qui hæres inſtitui non poteſt: ergo nec ipſi poſſunt heredes inſtitui. Deſtruit hanc conſequentiam Iuſtinianus *in d. l. vltim. C. de naturalib. libe. ibi: Filijs enim, &c.* vbi rationem adfert, cur filijs relinqui non poſſit, nepotibus autem poſſit.

Ad ſecundum reſpondeo, patri hoc in caſu vſumfructum non acquiri, licet nepos in eius poteſtate ſit. Nam non acquiritur vſusfructus bonorum relictorum parenti, inuito eo, qui filium eius hæredem inſtituit, *vt in Authent. excipitur. C. de bonis quæ liberis.* Hoc autem in caſu auus præſumitur nolle vſumfructum parenti acquiri: quia non poteſt. Nemo enim id voluiſſe præſumitur, quod legi repugnat, & nullam reddit ſuam diſpoſitionem, *argumen. l. 3. ff. de militari teſtamen.* Ad tertium argumentum, nego eandem rationem vigere in nepotibus vna cũ Iuſtiniano, *in d. l. vltim. C. de naturalib. liber. in verſ. Filijs enim.*

Ad quartum, nego filij contemplatione relictum videri, quia nemo præſumitur elegiſſe viam, ex qua teſtamentum ſuum impugnetur, *dicta l. 3. ff. de militari teſtamen.* Etſi ratio hæc valeret, illa valeret etiam contra dicta leg. vltim. C. de naturalib. lib. quod tamen nemo dixerit. Ad vltimum, nego abſurdum eſſe, ſi filius ſit incapax hæreditatis, nepotem eſſe capacem. Id enim iuri conſentaneum eſt: nec contrarium probat lex adducta, quia de hac ſpecie illa non loquitur.

Ad argumentum ſecundæ opinionis reſpondeo, textum, qui adfertur, locum habere potuiſſe ſecundum leges veteres, cum videlicet, quicquid filius acquirebat parenti acquireret. Hodierno iure non acquiritur etiam quantum ad vſumfructum inuito eo, qui relinquit, *vt in Auth. excipitur, C. de bonis quæ liberis.* Hac autem in ſpecie meritò præſumimus, auum nihil acquiri voluiſſe

luiſſe filio ſuo: quia ſciebat aequum non poſſe, leges id prohibere, nullam eo in caſu futuram eius diſpoſitionem. Nemo enim præſumitur id velle, quod iuri aduerſatur, *l. merito. ff. pro ſocio.* quod valet ad impugnandam eius diſpoſitionem, *l. 3. ff. de milit. teſtament.* quod in fraudem legis tendit, *l. vlt. ff. de his, quibus vt indign.*

Capvt XCVIII.

Vtrùm nepotes ex filio nato ex inceſtu, hæredes inſtitui poßint ab auo.

SED alia oritur controuerſia, ſi filius ex inceſtu natus ſit, an auus inſtituere poſſit hæredem natum ex eo nepotem. Reſpondit Baldus non poſſe, *in l. ſi quis inceſti, C. de inceſtis nup.* At Iaſon poſſe, *in d. l. Gallus, § quid ſi tantum. nu. 25. ff. de lib. & poſthu.* Baldi autem ſententia communiter recepta eſt, *vt patet ex allegatis à Gabrielio li. 4. commun. concl. tit. de her. inſtit. concl. 3. nu. 2. quibus adde Illuſtrißimum Paleotum de nothis & ſpurijs, ca. 53. nu. 9.* quibus & ipſe aſſentior.

Fundamentum Baldi ſatis firmum mihi videtur in d. l. ſi quis inceſti, C. de inceſtis nupt. illis verbis: [*Teſtamento ſuo extraneis nihil relinquat, ſed ſiue teſtato ſiue inteſtato, legib. ei, & iure ſuccedant, ſi qui forte ex iuſto, & legitimo matrimonio editi fuerint: hoc eſt, de deſcendentibus filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis; de aſcendentibus autem pater, mater, auus, auia: de latere, frater, ſoror, patruus, amita.*]

His verbis lex Arcadij & Honorij prohibet ei, qui inceſtas contraxerit nuptias, teſtamento quidem relinquere extraneis & poteſtatem concedit relinquendi certis duntaxat perſonis ibi expreſſis, nempe, deſcendentibus ex iuſto & legitimo matrimonio aſcendentibus, &c.

Sed nepos ex filio nato ex inceſtu, non eſt ex illis, vt pater. Neque enim eſt ex deſcendentibus ex legitimo matrimonio, quia pater eius ex inceſtis nuptijs eſt procreatus: ergo ei nihil ab auo relinqui poteſt, perinde atque extraneus, & ideo excluſus ab aui ſucceſſione, ſiue teſtati, ſiue inteſtati.

Sed argumenta Iaſonis ſunt diſſoluenda. Primum eſt ex Authen. ex complexu, C. de inceſt. nupt. dum dixit: *Ex complexu inceſto nati;* illa dictio, Ex, denotat cauſam immediatam; & ſic ad filium ipſum natum ex inceſtu referenda eſt, non autem ad nepotem. Reſpondeo, illum textum non obſtare: neque enim aliud dicit, quam filios ex complexu nefario, & inceſto natos, paternæ ſubſtantiæ indignos eſſe.

Secundum argumentum eſt ex l. vlt. C. de natural. lib. vbi ratio legis eſt generalis; quę proinde extendi poteſt etiam ad nepotes ex filio nato ex inceſtu: illa nempe, quod vitium paternum refrenandum fuit, &c. Reſpondeo, maius eſſe delictum, & maiorem pœnam eius, qui inceſtas nuptias contraxit, *vt patet ex d. l. ſi quis inceſt.* Et ideò à minori ad maius argumentum ita ſumptum non valere.

Tertium argumentum eſt ex rationibus, quas adfert Bartolus in quæſtione de nepote nato ex filiō ſpurio: Sed reſpondeo, non rectè illas huc applicari, vbi maius eſt crimen, maiorque pœna conſtituta.

Poſtremū argumentū eſt; quia odiū eſt irrationabile in hac ſpecie cōtra nepotem, qui nihil peccauit; ſed durum eſt contra legem calcitrare, quæ non ipſum nepotem odio perſequitur, ſed eum, qui crimen inceſtus admiſit, quem ita puniendum exiſtimauit, vt nec liberè poſſet de ſuis bonis teſtari, nec proinde intelligeret prolem ex nuptijs turpibus ſuſceptam, & natos natorum, & eos, qui naſcentur ab illis, omni ſolatio deſtitutos fore, quod ex ſucceſſione & hæreditate percipitur, egenos perpetuo futuros, quæ maxima parentis proculdubio pœna & afflictio erit, *arg. §. vlt. Nouel. quib. modis natur. effic. legit.* ac proinde cauſa eiuſmodi libidines coercendi, ad quod reſpexit probus legiſlator.

Capvt XCIX.

De facultate teſtandi à ſummo Pontifice conceſſa perſonis Eccleſiaſticis an ad vnum duntaxat teſtamentum coarctanda ſit.

Teſtandi

TEſtandi facultatem perſonis Eccleſiaſticis conceſſam à Pontifice Maximo, ad vnum duntaxat teſtamentum coarctandam eſſe, iuris interpretatione autores ſunt Decius *in conſil.* 512. Socinus iunior *in conſil.* 89. *lib.* 1. *Curtius iunior in conſ.* 178. *num.* 27. *Covar. in c. cum in officijs num.* 8. *de teſtam. Tiraq. ad l. boues.* §. *hoc ſermone, num.* 128. *de verb. ſignif. Burſatus in conſ.* 30. *n.* 50. *lib.* 1.

Fundamentum eſt in d. l. boues. §. hoc ſermone ff. de verbor. ſignific. *Hoc ſermone dum nupta erit, prima nuptiæ ſignificatur.* Ex quibus verbis regula quædam generalis ſumitur: quamlibet diſpoſitionem accipiendam eſſe de primo actu. Secundo in textu cap. non poteſt, de præbendis, li. 6. [*Illud autem Apoſtolicæ Sedi indultum, vt quis duo beneficia curam animarum habentia ſimul canonice conferantur eidem, poſſit recipere, ac ſimul licite retinere, intelligitur de duobus primus beneficijs, quæ eum curæ poſt dictum indultum obtinere contigit eundē.*] Ex quibus verbis illa infertur generalis propoſitio ac regula: Indultum, ſiue priuilegiū, & conceſſionem odioſam, & contra Iuris Regulas pugnantem, reſtringendam eſſe ad primum actum. Eſt autem hæc teſtandi facultas de bonis Eccleſiaſticis, contra iuris regulas, quibus conſtitutum eſt, Prælatos & Eccleſiaſticos viros, teſtari non poſſe de bonis Eccleſiaſticis, c. relatum, c. ad hæc, de teſtamen. cum ſimilibus.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam amplector, eam teſtandi facultatem non eſſe reſtringendam ad primū teſtamentum: [illegible] verò eum, cui talis eſt conceſſa facultas, teſtari poſſe, & rurſus aliud teſtamentum facere priore reuocato, & toties teſtamentum mutare, quoties ei libuerit. Hanc ſententiam ſequuntur Franciſcus Sarmi[illegible] *re[illegible] Eccleſiaſticis, parte* 4. *cap.* 4. *num.* 3. Ma[illegible] Nauarrus *de reditibus Eccleſiaſticis* [illegible] 3. *n.* [illegible] *impreſſione* §. *nono monco,* & [illegible] *re[illegible], & ſequitur Rota Rom.* [illegible] *in de*[illegible] *parte* [illegible] *deciſione* 4[illegible] *vbi hanc ſententiam lat*[illegible]

Et ſanè, hæc ſententia firmiſſimum habet fundamentum. Nititur enim Lege & Ratione. Lege [illegible] ita conſtitutum eſt, vt quoties teſtamentum à Principe confirmatur, & approbatur, id de poſtremo intelligatur teſtamēto, ex quo ſequitur perimi teſtamentū, quod poſteriore reuocatum eſt, nec rationem habendam eſſe, & præſuponi poſt primum conditum teſtamentum aliud condi poſſe, & teſtamentum id vere dici in hoc propoſito, quod eſt poſtremum, l. omnium C. de teſtament. ibi: [*Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne poſt ſententiam noſtram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cum hoc ipſum, quod per ſupplicationem noſtris auribus intimatur, ita demum firmum fit, ſi vltimum comprobetur.*] [Huc accedit textus *in l.* 2. §. *teſtamētum ff. quemadmod. teſtam. aperian.* ibi. [*Teſtamentum autem illud propriè dicitur, quod iure perfectum eſt, & quod continet ſupremam voluntatem.*]

Rurſus lege conſtitutum eſt, vt cùm quis habet à Principe liberam teſtandi facultatem, intelligatur habere legitimam, & conſuetam teſtandi facultatem, *l. ſi quando, C. de inoffic. teſtam.* Hæc eſt autem legitima, & conſueta teſtandi facultas, vt teſtamentum factum reuocari poſſit, mutari & tolli poſteriore teſtamento.

Ratio autem illa eſt perſpicua: quoniam quælibet diſpoſitio debet intelligi ſecundum ſubiectam materiam, *l. ſi vno ff.* [illegible] *l. inſulam ff. de præſcript. verb. cum ſim*[illegible]. Subiecta verò materia hoc exigit, vt mutari poſſit teſtamentum vſque ad ſupremum vitæ exitum; Ergo eodem modo accipi, & interpretari debet teſtandi facultas à Principe [illegible].

Nam obſtant argumenta. Nam ad primum nego [illegible] generale [illegible] præ[illegible] vbi [illegible] r[illegible] dor, veluti te[illegible] quid [illegible] ra[illegible] poteſt, [illegible] hoc [illegible]; Aliud eſt [illegible] c[illegible] o [illegible] tu [illegible] *Dum nupta erit*, quia [illegible] rectè [illegible] nuptis verificatur. Sunt enim [illegible] nuptiæ veræ, [illegible] validæ [illegible] quæ d[illegible] e [illegible] ac[illegible] [illegible] xi, non eſt. Aliud [illegible] concedere, quia [illegible] b[illegible] l[illegible] & conſequenter [illegible] teſtamentum ita validum [illegible], niſi poſteriori fuerit reuocatum, ac po[illegible]

[illegible]t

debet, & in eo effectum habere conceſſa teſtandi poteſtas.

Ad ſecundum argumentum ex cap. non poteſt, reſpondeo, ſpeciem illam longè diſſimilem eſſe, & diuerſam habere rationem. Nam aliud eſt factio teſtamenti, aliud eſt collatio beneficiorum curam animarum habentium, vt patet. Eſt ratio longè diuerſa; quia teſtamentum eſt actus, qui pendet ex voluntate teſtantis, nec perfectum dicitur, niſi ſit poſtremum, & contineat vltimam voluntatem defuncti, ac beneficiorum collatio perfectionem habet, ſi legitima facta ſit, & non pendet ex voluntate vnius, ſicut teſtamentũ, quaſi ad arbitrium eius ea mutari poſſit, immo conſiſtit, & effectum ſuum obtinet ſtatim, non expectata morte eius, cui facta eſt. Itaque meritò indultum in duobus primis beneficijs verificatur, & de illis intelligitur; quia in illis indultum ſiue gratia ſuam obtinet firmitatem, effectumque ſortitur. At in primo teſtamento effectum non ſortitur teſtandi licentia, quoties poſteriore reuocatum eſt, nec illud reuocandi iuſtè facultas adimitur, cùm *ambulatoria ſit hominis voluntas vſque ad vltimum vitæ ſpiritum*, vt noſtri loquuntur Iuriſconſulti.

Capvt C.

Vtrum teſtandi facultas conceſſa perſonis Eccleſiaſticis morte Pontificis Maximi expiret.

Expirare teſtandi facultatem morte Pontificis Maximi re integra, reſpondet Socinus iunior *in conſil. 89. lib. 1.* Primò, quia ea facultas videtur habere mandati naturam, quod morte mandantis reuocatur, re integra, *l. mandatum, C. manda.* Secundò, quia ea gratia eſt odioſa valdè, & contra Iuris Regulas, ideo expirat morte concedentis, licèt alias non ſoleat expirare. Tertiò, quia poſt mortem concedentis non durat cauſſa conceſſionis talis gratiæ. Quartò, quia quod ex gratia Sedis Apoſtolicæ ſimpliciter prouenit, morte Pontificis expirat, ijs, qui recepit, nondum cœperat vti priuilegio.

Sed iam exploſa hæc ſententia eſt, *vt patet ex Nauarro de reditibus Eccleſiaſt. quæſt. 3. §. 8. moneo, Sarmiento de reditibus Eccleſ. part. 4. cap. 4. Burſato, in conſil. 29. Natta in conſil. 647. & ex alijs, quos refert, & ſequitur Rota Romana nouiſſimè, in 1. parte, deciſ. 47.*

Fundamentum eſt præclarum: quia gratia morte Pontificis concedentis non expirat, *c. ſi cui, de præbend. lib. 6. c. Si ſuper gratia, de offic. deleg. lib. 6.*

Ad primum argumentum negatur eſſe mandatum. Eſt enim gratia & facultas teſtandi, non autem mandatum.

Ad ſecundum, nego conſequentiam; quia etſi gratia ſit contra Iuris Regulas, valet tamen, conſequenter ſecundùm Iuris Regulas morte concedentis non extinguitur.

Ad tertium nego veram eſſe propoſitionem, quæ adfertur, nec ad rem pertinet authoritas Rotæ, *quam Socin. adducit in antiquis, deciſ. 580. vt videri poteſt.* Nec probatur cauſam ceſſare poſt mortem Pontificis, ob quam gratia conceſſa eſt. Neque enim vita Summi Pontificis fuit gratiæ cauſſa, ſed alia, quæ ipſum mouit ad concedendum teſtandi facultatem.

Ad vltimum nego illam aſſertionem, quoniam iuri repugnat, quo planum eſt, gratiam morte concedentis non expirare.

Capvt CI.

Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem hereditatis.

Insignis hæc controuerſia eſt. Titius eſt hæres à Caio inſtitutus in ſemiſſe. Vendidit ſuam hanc portionem hæreditatis; Poſt factam venditionem deficit portio cohæredis, quæritur vtrum ei accreſcat, an verò emptori. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ: Altera emptori accreſcere, altera venditori. Prioris authores ſunt Bartolus *ad l. re coniuncti, de legat. 3.* Curtius iunior, & Sebaſtianus Sapia, *ad l. vnicam, C. quando non petent. partes.* Duaren. *de iure accreſcendi, lib. 2. cap. 6.*

Poſterioris autem Iaſon, Ripa & Cro-

tus, *in d. l. re communi*, Salicetus, *in l. vnica. C. quando non petent. partes. Vaſquius de tacitis ſubſtitut. ſeu iure accreſcendi, lib. 3. §. 21. num. 65. verſic. Illud autem dubium eſt. Anton. Gomez. tom. 1. tit. de iure accreſcendi, cap. 10. numer. 44. Cuiac. lib. 12. obſeruat. cap. 13.*

Prioris ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primũ, quia in emptorem hæreditatis trãſeunt omnia iura vtilia, & habetur per omnia loco hæredis, *l. 2. §. cùm quis. ff. de hered. vel actione vend. ibi. Emptorem hæreditatis vicem hæredis obtinere.*

Secundum, quia vendita hæreditate ad emptorem ſpectant omnia quæ ad hæredem peruenerunt vel peruentura ſunt, d. l. 2. ibi. [*Vt nec amplius, nec minus iuris emptor habeat, quàm apud heredem futurum eſſet*, & in §. non tantùm, eadem lege, illis verbis: *Et non ſolùm quòd iam peruenit, ſed etiam quod quandoque peruenerit, reſtituendum eſt.*]

Tertium eſt ex l. Papinianus. ff. ad Trebellian. vbi portio deficiens accreſcit ei cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas; quia in eum omnia iura hæreditaria tranſeunt reſtitutione facta.

Quartum ſumitur ex l. ſi totam. ff. de acquirend. hered. Vlpianus: [*Si totam hæreditatem aut partem, ex qua quis hæres inſtitutus eſt, tacitè rogatus ſit reſtituere, apparet nihil ei debere accreſcere, quia rem non videtur habere.*

Accreſcit ergo fiſco, cui defertur portio eius, qui de reſtituendo incapaci tacitè fidem ſuam accommodauit, non autem ipſi cohæredi, qui fidem accommodauit, quia nullam portionem hæreditatis habet.

Sic & in ſpecie noſtra venditori non debet accreſcere, quia nullam portionem hæreditatis amplius habet, venditione facta, ſed emptori, in quem omnia iura tranſierunt, & qui iam portionem emptam habet.

Vltimum argumentum eſt, quia ius accreſcendi ſequitur rem & portionem, non autem perſonam, *l. ſi Titio. ff. de vſufruct. ibi: Quoniam portio fundi portioni, &c.*]

Ergo accreſcit emptori portio hæreditatis deficiens, quia ille portionem aliam poſſidet, non autem venditori, qui nullam habet portionem.

Poſterioris autem ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primùm, quia venditor hæreditatis cùm ſit hæres, retinet iura directa, & conſequenter ius accreſcendi. Illud enim ad cohæredem tranſit, non ad extraneos. Imò venditor hæreditatis videtur eam poſſidere, *l. 4. §. vltim. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtament. ibi: Si quis vendiderit hæreditat. poſſidere videtur.*

Secundum argumentum eſt, quia inter ſuccedentes diuerſo iure, non habet locum ius accreſcendi, *l. ſed cum patrono. ff. de bonorum poſſeſſione.* Sed hic ſucceditur diuerſo iure. Hæres ex teſtamento. Emptor hæreditatis ex venditione, ergo inter eos ceſſat ius accreſcendi.

Tertium argumentum ex l. ex facto. §. *Iulius Longinus. ff. de vulgar. & pupill.* vbi ad eum cui portio hęreditatis aufertur, & fiſco applicatur, pertinet portio deficiens, ex ſubſtitutione, eueniente caſu ſubſtitutionis, non autem pertinet ad fiſcum, qui aliam portionem habet.

Sed nihil valet hoc argumentum, quia non ibi agitur de iure accreſcendi, ſed de ſubſtitutione expreſſa à teſtatore, qui ſubſtituit cohæredem & non fiſcum: Cohæres autem *ſatis eſt in eo punitus*, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi. I. C. nimirum, vt portionem ſuam amittat propter tacitam fidem accommodatam de ea reſtituenda incapaci.

Quartum argumentum eſt, quia venditæ hæreditate ratio habenda eſt quantitatis bonorum, quæ ſunt tempore venditionis, *l. 2. §. ff. de hered. vel actione vend.* Sed portio quæ accreſcit non eſt in hæreditate tempore venditionis, quia poſt venditionem deficit, ergo non pertinet ad emptorem hæreditatis.

Hæc poſterior ſententia mihi probabilior videtur, ex primo & vltimo hoc argumento. Aut enim volumus portionem deficientem emptori accreſcere, quia Lex ita conſtituit, & hoc non poſſumus affirmare, quia legem non habemus id conſtituentem. Aut ex voluntate defuncti teſtatoris, & hoc veriſimile non eſt, quia is emptorem hæreditatis fortè non nouerat,

nec

nec ei proſpectum voluit, ſed hæredibus ſuis. Aut ex voluntate contrahentium quia ſcilicet actum eſſe videatur, vt portio deficiens emptori accreſcat, & hoc veriſimile non eſt, quia actum eſt inter contrahentes de portione hæreditatis, non de tota hæreditate, Cohæres vendidit ſuam, non autem cohæredis portionem, quam non habebat, nec veriſimile eſt ſperaſſe ſe habiturum, nec cùm pretium conſtituit, eius rationem habuit, ſed quantitatis eius quæ erat tempore venditionis: Aut quia emptor habet iura vtilia hæreditatis, & hoc nihil iuuare poteſt, quia venditor habet iam directa, hoc eſt, nomen & titulum hæredis, cuius vigore ius accreſcendi habere & retinere poteſt, Aut denique accreſcere portionem deficientem emptori dicimus, propterea, quòd portio accreſcat portioni; & hoc abſurdum eſt, quia ſequeretur, cuicunque poſſeſſori accreſcere, licèt is non emiſſet hæreditatem, & nullum ius in ea haberet.

Ad primum & ſecundum argumentum reſpondeo, verum eſſe quod aſſeritur, emptorem loco hæredis eſſe, & omnia iura hæreditaria obtinere, ſcilicet, in hæreditatis portione, quam emit, non in altera portione, quam non emit. Illa enim ſpectat ad alium cohæredem: Et ſi defecerit, venditori qui cohæres eſt, accreſcit: quia licèt is, portionem ſuam hæreditatis vendiderit, retinuit tamen iura directa, & titulum, ac nomen hæredis, non ſe eo abdicauit, nec illud in emptorem tranſtulit: Quare ſi quæ portio deficiat, ei, non autem emptori accreſcere debet.

Ad l. Papinianus. placet mihi Cuiacij interpretatio & reſponſio *lib. 12. obſeruat. cap. 12. & 13.* eum loqui de hærede qui coactus adiuit, non autem ſponte, ac proinde iure ſuo meritò priuatur, quod alias obtineret, ſi ſponte adiuiſſet. Amittit inquam talis hæres, qui coactus adiuit Falcidię beneficium, & præceptiones & ſubſtitutionem factam, ſub conditione, ſi patri hæres eſſet, & mortis cauſa capionem, & alia, *l. ita tamen. §. qui ſuſpectam, & §. ſi præceptis, l. ſi patroni. §. adeò. ff. ad Trebellian.* quia ſcilicet hæc non haberet, ſi hæres non eſſet: Ergo amittit etiam ius accreſcendi, quia illud non haberet ſi hæres non eſſet.

Ad quartum & quintum reſpondeo, quod dicitur portionem portioni accreſcere, & ideo ſi quis nullam habeat portionem, ei non accreſcere portionem deficientem, *vt habetur in d. l. ſi totam, & in d. l. ſi Titio,* hunc habere ſenſum, ſi quis nullam portionem obtineat à principio, *vt in ſpecie d. l. ſi Titio.* vbi vni vſusfructus fundi, alteri proprietas relicta fuerat: Etſi defecit portio vſufructuarij, illa non accreſcit hæredi, quia nullam is portionem habuit in ea re, cuius vſusfructus vni, & proprietas alteri relicta fuerat. Accreſcit ergo perſonæ hoc, ei cui proprietas relicta erat. Idem dicendum, cùm quis portionem ſuam amiſit, veluti qui fidem accommodauit de reſtituendo incapaci, *vt in d. l. ſi totam.* Quo enim pacto is qui ſua portione indignus eſt, alterius portionem lucrari poterit ex iure accreſcendi.

ANDREÆ FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER SEXTVS.

CAPVT PRIMVM.

Vtrum filius legitimatus per Reſcriptum, excludat à ſucceſſione parentum filias fœminas, vbi ſtatutum Ciuitatis mandat, vt exiſtentibus filijs maſculis, legitimis, & naturalibus, fœminæ excludantur.

Exordiamur hunc librum à nobili quæſtione inter Doctores, & olim, & nunc controuerſa; vtrum filius legitimatus excludat filias fœminas à ſucceſſione parentum, quoties ita Statuto cautum eſt, vt exiſtentibus filijs maſculis legitimis, & naturalibus, filiæ fœminæ excludantur? Authores adferamus tum affirmantis, tum negantis ſententiæ. Deinde argumenta: Tandem ſententiam noſtram.

Affirmantem ſententiam amplexi ſunt primo Bald. *in l. eam quam, numer. 7. C. de fideicommiſſ.* Caſtrenſis *in l. ſed ſi hac, §. patronum. ff. de in ius voc. & in l. ſi ita quis. §. vlt. de leg. 2. in Rubr. C. de iure annulor. aureor. & in conſil. 226. Dicendum eſt, lib. 1.* Antonius Roſellus *de legitimatione, lib. tit. de cauſa ſinali legitimationis, num. 4.* Aretinus *ad l. liberos. C. de collat. & ibid.* Corneus. Alexand. *conſil. 2. num. 11. lib. 1. & 94. eod. lib.* Socin. ſenior *in conſ. 63. num. 9. lib. 3. & in l. cùm auus, num. 57. ff. de cond. & demonſtr.* Iaſon *ad l. cùm acutiſſimi, col. 2. C. de fideicommiſſ. vbi dicit ſe ita bis conſuluiſſe, & iudicatum fuiſſe.* [illegible] cius *in conſ.* 216. *num.* 8. *&* 365 *nu.* 7. Bru[illegible] *tract. [illegible] quod [illegible] maſculis fœminæ non ſuccedant [illegible]* 12. [illegible] Barb[illegible] *conſ.* 68. *col.* 4. *lib.* 4. [illegible] *or in conſil.* 15[illegible] *num.* 10. Gozadi[illegible] *conſ.* 6. *num.* 38 *&* 83 *num.* 26. B[illegible]rous *in conſ.* 14 *num* 2. *&* 1[illegible]4. *num.* 10. *lib.* 2. *qui teſtatur ita iudicaſſe R[illegible] Bononienſem.* Soc[illegible] iunior *in conſ.* 142. *num.* 35. *lib.* 1 A[illegible] *ad l. ſi u, qui pro emptore, num* 91. *ff. de vſ[illegible] & in [illegible] conſ.* 307 *num.* 2 Pariſi[illegible] *conſ.* 55. *num.* 1[illegible]. *lib.* 3. Didac. Cou[illegible]rr. *de ſponſ. in 2. part. c.* 8. §. 8. *num.* 3. Roland. *conſil.* 85. *num.* 2. *& num.* 14. *lib.* 3. Burſatus *conſ.* 85. *num.* 12. *&* 98. *num.* 22. Dom. meus Decianus *conſ.* 3. *n.* 86. *lib.* 1. Eugenius *conſ.* 57. *numer.* 76. Menoch. *conſ.* 227. *num.* 35. *&* 266. *num.* 9. *lib.* 3. *& de præſumpt. lib.* 3. *præſumpt.* 39. *num.* 3. *&* 687. *num.* 57. *lib.* 7. *vbi teſtatur ſecundùm hanc opinionem iudicatum ſic fuiſſe Mediolani anno* 1571. *&* 1585. Negantis autem ſententiæ authores ſunt Bald. *in c. per tuas, n.* 2. *de maior. & obed. in conſil.* 214. *lib.* 2. *in conſ.* 102. *lib.* 4. Angelus *in conſ.* 76. Ant. Butr. *in c. tanta, num.* 10. *& in c. per venerabilem, num.* 16. *qui filij ſint legitimi.* Caſtrenſ. *in l. vlt. num.* 5. *&* 6. *C. de his, qui veniam ætatis impetrar. in l. cùm acutiſſimi, num.* 3. *C. de fideicommiſſ. in conſ.* 180. *lib.* 1. 252. *&* 343. *lib.* 2. Alexand. *ad l. neceſſarijs, numer.* 12. *ff. de acq. hæred.* Iaſ. *in l. ſi u, qui pro emptore, n.* 286. *ff. de vſuc.* Curtius ſen. *in conſil.* 13. *& in conſ.* 16. *& in conſ.* 35. *& in conſ.* 74. *vbi dicit, ita iudicatum fuiſſe Mediolani* Socin. ſen. *in l. Gallus. §. Et quid ſi tantùm, n.* 27. *ff. de lib. & poſthum. & in conſil.* 246. *lib.* 2. Ludou. Bologn. *in conſ.* 58. Dec. *in l. liberos, in fin. C. de collat. in conſ.* 52. *&* 155. 275. 316. 383. 392. Tiraquellus *ad l. ſi vnquam, in verbo, ſuſceperit libros, numer.* 98. *C. de reuoc. donat.* Dom. meus Cephalu[illegible] *in conſ.* 78. *lib.* 1. Proſper. Paſcτus *conſ.* 71. D. [illegible]dus Panciuolus *conſ.* 59. *n.* 68. Portius [illegible] *conſ.* 166. *numer.* 89. Ludo Moli. *lib.* 3. *de Hiſpanarum primogenijs c.* 2. *num.* 7. *& c.* 5. *nu.* 75. Mich. Grat. *tit. de ſucceſſ. ab inteſt. q.* 19. *num.* 12. Il[illegible]ſtr. Card. Alban. *in lucubrationib. ad Bart. in l. Gallus. §. & quid ſi tantùm n.* 22. *ff. de lib. & poſthu.* Mynſ. *cent.* 3. *obſ.* 26. [illegible] *ſtatur [illegible] Imp. ſequi ſolere h[illegible] [illegible]* Gaill. *l.* 2. *obſ.* 140. *n.* 6. *vbi [illegible] Imp. Camer. ita [illegible]ruare.* Ber[illegible]us *in cõ[illegible]* 1[illegible]7. *n* 49. *lib.* 2. G[illegible]. Benedictu[illegible] *Rab[illegible] ver. [illegible]res, num.* 148. *de c[illegible]ſtam.* Ru[illegible] [illegible] 4 [illegible] 3.

Hactenus Autores vtriuſque ſententiæ recenſuimus.

Nunc argumenta in medium afferenda ſunt. Affirmantis igitur ſententiæ illud eſt fundamentum: quia Statutum excludit filias fœminas exiſtentibus filijs maſculis defuncti ab inteſtato legitimis & naturalibus. Sed filij ſic legitimati dicuntur eſſe legitimi, & naturales: ergo filias fœminas excludunt.

Minor propoſitio probatur ex Nouell. Quib. mod. nat. effic. ſui. §. reliqui. ibi, [*Semel enim efficientes eos legitimos, damus habere etiam ſucceſſiones illas, quas habent ij, qui ab initio legitimi ſunt.* [Et in §. ſit igitur. ibi, [*Nihil à legitimis differentes, &c.*] Et in §. & quoniã varie. ibi, [*Nihil diſſimilis legitimis.*] Et in §. filium. ibi, [*Factum legitimum ipſi ſoli genitori legitimum facimus.*] Et in Nouella, Quib. modis natur. effic. legit. §. ſit igitur licentia. ibi, [*Nihil à legitimis filiis differentes.*]

Poſterioris autem ſententiæ, quæ negat huiuſmodi legitimatos filias fœminas excludere: Fundamentum eſt primo: quia tales filij non dicuntur proprie legitimi. dicit enim text. in §. filium, in Nouella. Quibus mod. natur. effic. ſui: [*Facimus eum veluti ex quadam machinatione cognatum.*] Verba autẽ Statutorum proprie ſunt accipienda. Secundo, quia verba illa Statuti, [*Exiſtentibus filiis legitimis & naturalib. maſculis.*] videntur eſſe accipienda de legitimis, qui naſcuntur ex legitimo matrimonio: non autem de his, qui fiunt à Principe, argumento l. vlt. C. de his, qui veniam ætatis impetrauerunt. Tertio, ex §. & quoniam varie, d. Nouell. Quibus modis natur. effic. ſui, in illis verbis [*Si quis igitur naturalis ſecundum hoc, ſchema oblationis fiat Curialis, erit patri, & ab inteſtato ſucceſſor, & ex voluntate nihil diſſimilis legitimis, & ex* [illegible] *perciperepoterit patris: ita tamen, vt* [illegible] *plus habeat vno eorum, qui ab initio legi*[illegible]*, & inter omnes minus habente.*]

E[illegible] text. l[illegible] de ijs, qui per oblationem Curiæ legitimi fiunt, eadem tamen ratio eſt in legitimatis per reſcri[illegible], quia in legitimatis per re[illegible] nulla extat conſtitutio, vt plus ha[illegible]

Hactenus, & quod ſecundo loco pollicitus ſum, præſtiti. Reſtat, vt ſententiam meam ſubijciam. Ego igitur in hac quæſt. valere iuſſis autoritatib. hinc inde Doctorum, propoſitam quæſtionem recte ex lege, Iuſtiniani & clare decidi poſſe cenſeo. Et ſi enim Doctorum ſententias, & placita magni facienda eſſe putem, mihi tamen in toto hoc opere propoſitum non eſt exeis, ſed ex textibus iuris ſententiam meam firmare atque fundare. Igitur ſi controuerſia ſit ſecundum ius noſtrum Iuſtinian. quid reſpondendum ſit in hac quæſtione, ſic ſtatuo: non ſolum filium reſcripto legitimatum non excludere filias legitimas & naturales: ſed nec filium ipſum ſic legitimatum conſequi ius legitimorum filiorum. Moueor hoc argumento: quia exiſtentibus filijs legitimis, non poſſunt illegitimi Reſcripto legitimari, hoc eſt, ius legitimorum filiorum conſequi, ſed tantum per oblationem Curiæ, vel per ſubſequens matrimonium. Hoc probo ex d. Nouella. Quibus mod. natur. effic. ſui, in §. ſi quis ergo, §. ſit igitur licentia, & §. omnino enim. In §. ſi quis ergo, ita dicit Imperator: [*Si quis ergo filios legitimos non habens, ſed tantummodo naturales, ipſos quidem legitimos facere voluerit, &c. hoc agat per noſtrum reſcriptum.* Et paulo poſt: *Sit igitur licentia patri in prædictis caſibus Imperio preces offerre, hoc declarantes, &c.* Et tandẽ ſubdit hæc verba: *Omnino enim legitimis exiſtentibus, deinde naturalibus prouenientibus, nequaquã ius legitimorũ eis adijcitur, niſi omnino aut per Curiam aut per noſtras conſtitutiones, quæ dotaliũ inſtrumentorum introduxerunt modũ.*] Ex quibus verbis patet, tunc per reſcriptum filios legitimos effici, cum alij legitimi non extant: ſi vero exiſtent, legitimos fieri poſſe per oblationem Curiæ, vel per matrimonium non autem per reſcriptum.

Si ergo ius legitimorum filiorum iſti nõ habent per reſcriptum: ergo non poſſunt fœminas excludere, quas ſoli filij legitimi, & naturales excludunt.

Si dicatur fieri poſſe, vt etiam exiſtentibus filijs legitimis ab Imperatore legitimentur filij naturales, vel à Comite Palatino poteſtatem habente, quod & ſæpe fieri

videmus, ergo tunc argumentum locũ non habebit: & ſic filiæ excludentur. Reſpondeo, in primis me prædixiſſe ſententiam meam niti tantum legibus Iuſtiniani ſcriptis, non autem ijs, quæ de facto ſeruantur. Deinde putarem talem legitimatum hoc quidem cõſequi, vt legitimus efficiatur Imperiali beneficio, non tamen plus iuris cõſecuturum in dubio, quam is conſequatur, qui per oblationem Curiæ legitimus efficitur. Et ideo non plus habiturum, quam vnum ex filijs legitimis, qui minus habet, *vt in d. §. & quoniam varie.* Neque enim rationem differentiæ video vllam.

Huc accedat, quod ſi legitimatus per oblationem Curiæ nõ poteſt plus habere, quam vnus ex filijs legitimis, multo minus plus conſequi poterit is, qui per reſcriptum eſt legitimatus. Nam per oblationem Curiæ illegitimi conſequuntur iura legitimorum, etiam exiſtentibus alijs filijs legitimis: At per reſcriptum id non conſequuntur. Si dicatur legitimatum per Curiæ oblationẽ non habere plus iuris in ſucceſſione quolibet ex filijs legitimis ſecundum ius cõmune, ſed noſtra quæſtio eſt de iure municipali, quo tota defertur maſculis legitimis ſucceſſio, iſti autem ſunt legitimi. Reſpondeo, cum Iuſtinianus prohibuerit eos plus habere quolibet ex legitimis, non poſſe Statutũ illud contra legem Iuſtiniani ad legitimatos pertinere, & iuſtam eſſe interpretationem, quæ hoc in caſu Statutum ceſſare docet, ne duplex ſic legitimati priuilegium obtineant, vnum, quod iura legitimorum cõſequantur; Alterum, quod etiam legitimis contra legem præferantur. Neque enim ex priore poſterius neceſſario infertur, cum recte intelligi poſſit, filium eſſe iura legitimorum conſecutum, etiam ſi non comprehendatur in Statuto filias legitimas excludente. Erit enim legitimus ſecundum leges Cæſaris, cuius beneficio factus eſt, non ſecundum leges municipij, ad quas in præiudicium legitimorum non putatur Imperator reſpexiſſe, legitima iura concedens illegitimo. Voluit enim legitimum eſſe, ſed ſub iſta moderatione, ne plus, quam legitimi haberet; immo ne plus haberet, quam vnus ex legitimis minus habens, *vt in d. §. & quoniam varie.*

Dices, quid ſi in legitimationis reſcripto illa inſeratur clauſula, vt legitimatus comprehẽdatur in omni Statuto ac diſpoſitione loquente de filijs legitimis & naturalibus, nunquid hoc efficiet, vt comprehendatur in ſtatuto, de quo agitur, fœminas filias excludente?

Reſpondeo, contraria eſſe hac de re Doctorum Reſponſa. Nam comprehendi reſponderunt Ruinus *in conſil. 68. libro 3.* Berous *in conſ. 174. libro 2.* Non comprehendi reſponderunt idem Ruinus *in conſ. 82. nu. 8. lib. 3.* Decius *in conſ. 393. n. 9. ſequitur Dominus meus Cephalus in conſ. 278. nu. 63. lib. 2.* Silueſt. Aldobrand. *inter conſilia Riminal. ſenioris, lib. 4. conſ. 717. n. 81.*

Et hæc poſterior ſententia mihi videtur æquior & probabilior. Primo, quia per eam minus læditur ius commune, quo conſtitutum eſt, vt legitimatus non plus conſequatur iuris, quam vnus ex legitimis, qui minus habet, *vt in d. §. & quoniam varie.*

Secundo, quia per hanc ſententiam iniuria non infertur ex reſcripto filiabus legitimis & naturalibus, quod Regulis iuris magnopere conſentaneum eſſe, patet ex l. 2. & 4. ff. de naturalib. reſtit. Et ex Regula generali, Reſcriptum Principis ita eſſe accipiendum, vt alijs non præiudicet, *l. 2. § merito. ff. ne quid in flum. publ. Iaſ. in l. vlt. nu. 19. & 20. ff. de conſt. Princ. Ruin. in conſ. 93. nu. 5. lib. 3. & 2. nu. 9. eod. lib. licet verba eius ſuperflua redderentur, vt declarat Alc. reg. 3. præſumpt. n. 8. Decius in c. ſuper eo, col. 2. verſ. Prædicta concluſio, de offic. del. g.*

Tertio, quia illa clauſula locum habere poteſt in alijs Statutis multis, quæ non excludunt filias legitimas, ita vt legitimatus multis in caſibus frui poſſit beneficiis Statutorum de legitimis loquentium, licet nõ hoc beneficio fruatur, vt filias excludat. Et ſufficit priuilegium aliquid operari, licet non in omnibus operetur, *vt docet Alciat. d. reg. 3. præſumpt. 21. num. 9.*

CAPVT II.

De celebri controuerſia in ſucceſſione Regni & Principatus, vter ſit præferendus, Patruus, an nepos ex filio primogenito?

CElebberrima eſt controuerſia, vter in ſucceſſione præferendus ſit Regni & Principatus, patruus, an nepos ex filio primogenito, quam copioſe tractat Tiraquel. *de iure primogeniorum, quæſt.* 40. & poſt eum F. Hot. in diſputatione de cõtrouerſia ſucceſſionis Regiæ, inter patris & fratris præmortui filium. Nullum me operæ pretium facturum putaui, ſi argumenta, quę pro nepote, vel pro patruo adferuntur, & ſimul Doctorum autoritates huc adferrem, quoniam Tiraq. & F. Hot. anteuerterunt. Non abs re autem fore exiſtimaui, qualecunque iudicium interponere meum. Hac igitur in re tria mihi occurrunt, quæ ex iuris noſtri præceptis adſeri poſſe ſolidis argumentis & rationibus videntur.

Primum eſt, Iuſtinianæ iure neutrum alteri præferendum eſſe in ea ſucceſſione: ſed vtrumque concurrere: ſic enim iure Ciuili conſtitutum eſt, vt nepos ſimul cum patruo ſuccedat auo, §. 1. *in Auth. de hæred. ab inteſtato venientibus. §. cum filius, in Inſtit. eod. tit.* Quamobrem, quod F. H. loco ſuperius citato, in exordio diſputationis pro fratris filio dixit, conſuetudinem illam, vt Rege mortuo filius ipſius, vel hoc præmortuo, nepos ex eo ſuſceptus Regi ſuus hæres exiſtat, iuri Romano conſentaneam eſſe nihil ad rẽ noſtram pertinere poteſt: quia nõ eſt quæſtio, vbi ſolus extat ex filio nepos: ſed etiam patruus, hoc eſt, alter ex defuncto filius ſecundo genitus, qui proculdubio iure Romano concurrit cũ nepote in ſucceſſione. Quamobrem ex hoc efficitur hanc controuerſiam Iuſtinianæo iure definiri non poſſe, in alterutrius fauorem, ſcilicet, vel patrui, vel nepotis. Et quoniam alter eorũ ſolus debet ſuccedere, ita enim conſuetudine receptum eſt, nam firmius videtur eſſe Regnum, ſi penes vnum remanſerit, nec diuidatur, *c. Imperialem. §. præterea Ducatus, de prohibita alienat. feudi per Fridericum.* Et hæc conſuetudo in dubium iam non reuocatur: ideo alia ineunda eſt ratio, quæ controuerſiæ dirimendæ magis ſit idonea. Ego igitur ſic ſtatuo: conſuetudinem particularem Regni, de quo erit controuerſia, pro lege habendam: ac proinde, ſi illa pro nepote militauerit, nepoti adiudicandum eſſe regnum: ſi pro patruo, ipſi patruo: [*De quibus enim cauſis ſcriptis legibus non vtimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus & conſuetudine inductum eſt,*] l. de quibus, ff. de legibus. [*Quod ſi hoc defecerit*, inquit Iulianus, *tunc quod proximum & conſequens ei eſt: Si ne id quidem appareat: tunc ius, quo vrbs Roma vtitur, ſeruari oportet.*] Quid ergo, ſi conſuetudo defecerit: necnon id, quod proximum & cõſequens ei eſt? Seruandum puto illud ius, quo Imperium Romanum in ſimili caſu vtitur. In Imperij autem legibus, & Bulla Aurea Caroli IV. hoc continetur: [*Decernimus, vt poſtquam iidem Principes Electores ſeculares, & eorum quilibet, eſſe deſierint, ius, vox, & poteſtas electionis huiuſmodi ad filium ſuum primogenitum legitimum laicum: illo vero non exiſtente, ad eiuſdem primogeniti primogenitum ſimiliter laicum libere, & ſine contradictione cuiuſpiã deuoluatur. Si vero primogenitus huiuſmodi abſq; hæredibus maſculis legitimis laicis ab hac luce migraret, virtute præſentis Imperialis edicti, ius, vox & poteſtas electionis prædicta ad ſeniorem fratrem laicum, per veram paternam lineam deſcendentẽ, & deinceps ad illius primog. laicum deuoluatur: & talis ſucceſſio in primogenitis & hæredib. Principũ eorundem iure, voce, & poteſtate præmiſſis, perpetuis temporib. obſeruetur: ea tamen conditione & modo, vt ſi Princ. Electorem, ſeu eius primogenitum, aut filium ſeniorẽ laicum mori, & hæredes maſculos & legitimos laicos defectum ætatis patientes relinquere contigerit: tunc frater ſenior eiuſdem primogeniti tutor eorũ & adminiſtrator exiſtat, donec ſenior ex eis legitimam ætatem attigerit: quam in Principe Electore 18. annos completos cenſeri volumus, & ſtatuimus perpetuo haberi: quam dum attigerit, ius, vocem & poteſtatem, & omnia ab ipſis dependentia tutor ipſi cum officio totaliter teneatur protinus aſſignare.*]

Hactenus verba Bullæ Aureæ, quæ nepoti ex filio primogenito ſucceſſionem defert, vt patet. Huic conſentanea eſt lex

Tauri-

Taurini, quam Hiſpanice Didacus Couarr. edidit, & Latine ſic ſonat: [*Maiora feudi, quorum ſucceſſio ad primogenitos pertinet, ſi primogenitus moriatur, viuo feudi poſſeſſore relicto filio, vel nepote, aut alio legitimo recta linea deſcendente, deſcendentes iſti legitimi præferentur pro gradus prærogatiua ſecundo genito poſſeſſoris feudi.*] His adſtipulantur & aliarum gentium mores & conſuetudines, præiudicia, & alia, quæ latiſſime Tiraq. commemorat. Cui ſententię & nos quoque aſſentiri par eſt. Argumentis, quæ pro patruo adferri ſolent, ſufficienter occurrit Hotomanus.

Capvt III.

Fratrum filij vtrum ſuccedant patruo in ſtirpes, an vero in capita.

HÆc eſt antiqua & celebris controuerſia inter Azonem & Accurſium. Azo exiſtimauit filios fratrum patruo ſuccedere in capita, Accurſius in ſtirpes. Azonem ſecuti ſunt Iacobus Buttrigar. Cynus, Odofredus, Albericus, & Caſtrenſis, *in Authent. ceſſante, C. de legit. hæredib. Baldus in l. 1. §. vlt. ff. ſi pars hæred. petat. Aretinus in §. cum filius, in Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. deferuntur. Hoſti. in Summa, de ſucceſſ. ab inteſt. §. viſo igitur, col. vlt. Raynerius ciuis meus, vt refert Bal. in c. 1. de ſucceſſ. feudi. Fortunius Garzia ad l. Gallus, §. idem credendum, col. 19. ff. de lib. & poſth. Zaſius Sing. intellect. c. 7. & in conſ. 4. libr. 1. Couar. de ſucceſſ. ab inteſt. n. 8. Rebuff. in proœmio Conſtit. Regiar. Gloſſ. 5. n. 81. Franc. Hotom. Illuſtr. Quæſt. libr. c. 14. Ioan. Spiegel. in Lexico iuris, in verb. in capita ſuccedere. Vaſq. de ſucceſſ. c. 13. n. 13. lib. 2. Iacob. Cuiac. libr. 2. de feudis, tit. 12. & in fragmenta Vlpiani, tit. 26 §. 4 vbi etiam citat Conſtantinum Harmenopulū, lib. 5. Epitomes. Duar. in conſue. feud. c. 8. Mynſing. cent. 3. obſer. 95. Maturinus Montanus de hæred. ab inteſt. venientibus, regul. 29. Michael Graſſus commun. opinio. libro, §. ſucceſſio ab inteſtato, q. 30. n. 4. D. meus Cephalus in conſ. 431. lib. 3. Anton. Teſſaur. deciſ. Pedem. 162. quibus accedit Caroli V. Deciſio expreſſa anno 1529. in Comitiis Imperij Spiræ hab. tis.*

Accurſium vero ſecuti ſunt Ioan. Andr. *ad Speculat. de ſucceſſ. ab inteſt. §. 1. verſic. Sed an filij.* Bartolus *in l. 2. §. hæreditas. ff. de ſuis & legit. hæred. & in l. 1. §. vlt. ff. ſi pars hæred. pet. & in conſil. 173. Bald. in conſ. 66. lib. 1. 293. 437. li. 2. Dynus, Angelus, Corneus, Iacobus de Arena in Authent. ceſſante, C. de legit. hæred. Ioan. Faber in §. cæterum, nu. 4. Inſtitut. de legitim. agnator. ſucceſſ. Matthæſilanus de ſucceſſ. ab inteſtato, artic. 3. verſ. 2. Guido Papa deciſ. 134. Nicolaus Vbaldus de ſucceſſ. ab inteſtato, part. 3. Petrus Ferrarius in forma libelli ab inteſtato, in verbo, nulliſq; ſuperſtitibus, colum. 14. Vlterius quæritur. Gulielmus Benedictus in c. Rainutius, in verbo, & vxorem, n. 631. Iacobinus de S. Gregorio, in tract. feudor. in verbo, præſentes, col. 3. verſic. ſed vlterius. Ioan. Oldendorpius in Epitome de Succeſſ. ab inteſtato. nu. 20. Sonsbechius in tract. feud. parte 9. concl. 6. num. 100. Viuius lib. 2. commun. opin. n. 25. Alexan. in conſ. 29. lib. 5. 55. nu. 4. lib. 4. Iaſon in conſ. 173. nu. 2. libr. 4. Bertrandus in conſ. 2. li. 2. Ruinus conſ. 8. in fin. lib. 1. Pariſius conſil. 25. nu. 9. lib. 2. Boerius conſil. 2. Socin. iunior conſ. 74. nu. 7. & conſ. 104. num. 29. li. 1. Fulgoſius conſ. 12. Aret. conſil. 164. Caſſaneus conſ. 47. col. 7. Franciſcus Becius in conſ. 16. Alba conſil. 29. Crauet. conſ. 966. lib. 5. Simon Pratus in conſil. 37. n. 14. Burſatus conſ. 67. Hippolytus Rimimal. conſ. 31. num. 47. lib. 1. Fridericus Scotus conſil. 18. lib. 2.*

Ego ne diu ſuſpenſus animus Lectoris ſit, ſententiam Azonis veriſſimam eſſe iudico, quod vbi demonſtrauero, tum argumenta contrariæ ſententiæ confutabo.

Azonis igitur ſententiam veram eſſe ſic demonſtro. Si antiquo iure, quod ante Nouellas Iuſtiniani conſtitutum fuit, filij fratrum in capita ſuccedunt, & illud ex Nouellis Conſtitutionibus mutatum non eſt, conſequens eſt, vt firmum maneat, & ſuum obtineat vigorem: Sed verum eſt prius, ergo verum & poſterius: & ſic fratrum filij nunc etiam in capita ſuccedent, ſicut olim.

Maior propoſitio clara eſt: quia quod non mutatur, cur ſtare prohibetur? *l. præcipimus, C. de appellat.* Minor autem, quod iure antiquo ita fuerit conſtitutum, probatur primo Vlpiani teſtimonio in fragmentis apud Cuiacium, tit. 26. §. 4. [*Agnatorum*, inquit, *hæreditates diuiduntur in capita, velut: ſi ſit fratris filius, & alterius fratris duo pluresve liberi,*

quot-

quotquot ſunt ab vtraque parte perſonæ, tot fiunt portiones, vt ſinguli ſingulas capiant.]

Secundò, id probo teſtimonio Caij, lib. 2. Inſtitut. tit. 8. [*Item ſi moriatur quis* (ait Caius) *cùm hæredibus germanis fratribus dimittat filios, duntaxat maſculos, & ex vno fratre dimiſerit duos, & ex alio quatuor ſimiliter maſculos: omnes quidem fratrum filij patruo ſuo inteſtato ſuccedunt, ſed non in ſtirpes, ſed in capita.*

Tertiò, teſtimonio Imp. Iuſtiniani in l. penult. C. de legit. hæred. ſic dicentis: [*Illo procul dubio obſeruando, vt ſucceſſio non in ſtirpes, ſed in capita diuidatur.*] Et loquitur de ſucceſſione filiorum fratrum, vt patet ex verbis præcedentibus ibi, [*Et mortuo eo, qui patruus quidem eſt, &c.*]

Quod autem ex Nouella Iuſtinian. Conſtitutione, quæ habetur in tit. de hæred. ab inteſtato venien. ſub. hoc ius antiquum immutatum non ſit, patet; quia in ea Conſtitutione nihil habetur, quod pertineat ad ſucceſſionem in ſtirpes filiorum fratrum; niſi quando ipſi filij fratrum ſuccedunt vna cum patruis ſuis, quod vt planum fiat, & ſimul intelligatur nullam vim habere argumenta Sonsbechij, quę adfert ex dicta Nouella pro contraria ſententia, Ego referam ipſius Nouellæ verba, vt ea ob oculos Lector habens, facilè, nulla diſtractione alia impeditus, rem percipiat, atque dijudicet. Verba hæc ſunt, quod attinet ad rem noſtram. [*Si igitur defunctus, neque deſcendentes, neque aſcendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres, & ſorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hæreditatem vocauimus. His autem non exiſtentibus, in ſecundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex vno parente coniuncti ſunt defuncto, ſiue per patrem ſolum, ſiue per matrem. Si autem defuncti fratres fuerint, & alterius fratris, aut ſororis præmortuorum filij, vocabuntur ad hæreditatem, iſti cum de patre, & matre Theoijs maſculis, aut fœminis: & quanticunque fuerint, tantam ex hæreditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere, ſi ſuperſtes eſſet. Vnde conſequens eſt, vt ſi forte præmortuus frater, cuius filij viuunt, per vtranque partem nunc defuncta perſonæ iungebatur, ſuperſtites autem fratres per patrem ſolum forſitan, aut matrem ei iungebantur: præponebantur iſtius filij proprijs Theoijs, licèt in tertio ſint gradu, ſiue à patre, ſiue à matre ſint Theoi, & ſiue maſculi, ſiue fœminæ ſint, ſicut eorum parens præponeretur, ſi viueret. Ex diuerſo, ſiquidem frater ſuperſtes ex vtroque parente coniungitur defuncto, præmortuus autem per vnum parentum iungebatur: huiuſmodi filios ab hæreditate excludimus, ſicut ipſe ſi viueret ab hæreditate excludebatur. Huiuſmodi verò priuilegium in hoc ordine cognationis ſolis præbemus fratrum maſculorum & fœminarum filijs, aut filiabus, vt in ſuorum parentum iure ſuccedant. Nulli alij omnino perſonæ ex hoc ordine venienti hoc ius largimur. Sed & ipſis fratrum filijs tunc hoc beneficium conferimus, quando cum proprijs vocantur Theoijs, maſculis & fœminis, ſiue paterni, ſiue materni ſint. Si autem cum fratribus defuncti etiam aſcendentes, ſicut iam diximus, ad hæreditatem vocantur: nullo modo ad ſucceſſionem ab inteſtato fratris, aut ſororis filios vocari permittimus, neque ſi ex vtroque parente eorum pater, aut mater defuncto iungebatur: quandoquidem fratris, & ſororis filijs tale priuilegium dedimus, vt in propriorum parentum ſuccedentes locum, ſoli in tertio conſtituti gradu, cum ijs, qui in ſecundo gradu ſunt, ad hæreditatem vocentur. Illud palàm eſt, quia Theois defuncti maſculis, & fœminis, ſiue à patre, ſiue à matre præponuntur, ſi etiam illi tertium cognationis ſimiliter obtineant gradum, Si verò neque fratres, neque filios fratrum, ſicut diximus, defunctus reliquerit: omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, ſecundùm vniuſcuiuſque gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu ipſi reliquis præponantur. Si autem plurimi eiuſdem gradus inueniantur, ſecundùm perſonarum numerum inter eos hæreditas diuidatur. quod in capita noſtræ leges appellant.*]

Iam igitur in hac conſtitutione nullum verbum continetur, quo filios fratrum in ſtirpes ſuccedere ſignificetur, præterquam eo in caſu, quo ſuccedant ſimul cum patruis ſuis: ergo ſi ſoli ſuccedant, non ſuccedent in ſtirpes, ſed in capita, ſicut antiquo iure conſtitutum eſt.

Reſpondet Sonsbechius, & probare conatur, filios fratrum ex ea Nouella in ſtirpes ſuccedere, & repræſentare parentem defunctum, etiamſi non cum patruis ſuis concurrant. Et primò inducit text. *in verſic. Vnde conſequens eſt.* vbi dicitur, ſi non extent

Kkkk fra-

fratres vtrinque coniuncti defuncto, ſed ex vno latere tantum, & ſimul extent filij alterius fratris defuncti, qui ex vtroque latere erat coniunctus, filios fratris defuncti repræſentare patrem ſuum defunctum; & ideò excludere fratres defuncti ſuperſtites ex vno latere tantum, ſicut eos parens ipſorum, ſi viueret, tanquam ex vtroque latere iunctus excluderet. Ex quo ſequitur filios fratrum tunc in ſtirpes ſuccedere, & tamen ſoli ſuccedunt, non autem vna cum patruis ſuis, quia nulli extant ex vtroque latere iuncti, ſed tantùm ex vno latere, quos ipſi filij excludunt.

Reſpondeo, eo in caſu proculdubio filios fratrum in ſtirpes ſuccedere, quia ſuccedunt in iure repræſentationis patris ſui defuncti, alioqui excludere nō poſſent fratres defuncti ex vno latere tantùm. Et de hoc ſingulari caſu nos non diſputamus. Sed noſtra diſputatio eſt, cùm ſoli extant filij fratrum, & nullus frater defuncti prorſus, neque vtrinque coniunctus, neque ex vno latere tantùm: tunc enim vt ipſi filij ſuccedant, nulla opus eſt repræſentatione patris ſui; & conſequenter, cùm ex perſona propria vocentur ad ſucceſſionem, illa in capita diuideretur ſecundùm ius antiquum.

Et licèt infra text. dicat, ipſis fratrum filijs tunc hoc beneficium collatum quando cum proprijs vocantur patruis, tamen id non repugnat præcedenti ſententiæ, quia etiam eo in caſu, quo extant frater defuncti ex vno latere, & filij fratris præmortui ex vtroque latere coniuncti, poteſt quodammodo dici eos vocari cum patruo, ſcilicet cum fratre defuncti, ex vno latere iuncto, ſed tamen eum excludunt, quia repræſentant patrem præmortuum, qui defuncto, de cuius ſucceſſione agitur, ex vtroque latere iunctus erat. Hoc enim dicere Imper. voluit, fratrum filios non habere hoc beneficium, quando nullus extat patruus ipſorum, cum quo concurrere, vel cui præferri in ſucceſſione debeant: vel quoties extant quidem patrui, ſed ſimul etiam alij, puta aſcendentes defuncti, qui ſimul ad hæreditatem vocantur; tunc enim filij fratrum non concurrunt, *vt ſubdit Imp. ſtatim in §. ſi autem.*

Secundò, Sonsbech. affert, & ponderat text. *in verſic. Illud palam.* vbi dicitur, fratris vtrinque coniuncti filios excludere patruum magnum, qui ſimiliter in tertio gradu eſt, quod non alia ratione contingit, niſi quia patrem ſuum repræſentat, qui ſine dubio, ſi viueret, patruum magnum excluderet, quoniam vno gradu antecederet ipſum. Et ſic filij fratrum ibi ſuccedunt neceſſario in ſtirpes. Reſpondeo, etiam eo in caſu in ſtirpes ſuccedere, quia veniunt ad excluſionem patrui magni, ſed noſtra quæſtio eſt, quando non veniunt ad excluſionem alterius, ſolique extant, & ſucceſſionem ſoli obtinent.

Tertiò, Sonsbechius ponderat textum *in verſic. huiuſmodi verò.* vbi dicitur ſolis conceſſum eſſe fratrum filijs, & non vlterioribus, vt in parentum ſuorum iure ſuccedant. Ex quo patet generaliter hoc beneficium conceſſum eſſe filijs fratrum, ſiue ſint ſoli, ſiue cum patruis ſuccedant. Reſpondeo, hanc interpretationem corruere ex verbis ſequentibus quibus dicitur. [*Sed & ipſis fratrum filijs hoc beneficium tunc conferri, quando cum patruis ſuccedunt.*]

Reſpondet Sonsbechius, illa verba, *ſed & ipſis,* contrarium probare; quia hoc Imperator vult, non ſolum filios fratrum quando ſoli ſint, in ſuorum parentum iura ſuccedere: ſed etiam, quando ſimul cum patruis vocantur ad ſucceſſionem patrui defuncti, quod probatur, inquit, ex copulatiua illa, (*Et,*) quæ ſine cauſa ibi poſita non eſt, immò habet emphaſim [illegible] voluiſſet Imperator id obtinere ſolum [illegible] caſu, in quo cum ſuis patruis ſuccederent, & tunc demum in locum parentum ſuorum ſuccedere, non dixiſſet, *ſed & ipſis*, ſed dixiſſet, *ipſis fratrum filijs*, neglecta copulatiua, (*Et,*) tunc hoc beneficium conferri [illegible] Iuſtinianus culpandus eſſet, tanquam ſuperflua dixiſſet, Nam idem ſupra dixerat *in verſic. Huiuſmodi.*

Reſpondeo, nihil eſſe ſuperflui. quia in verſic. Huiuſmodi. Iuſtinianus hoc ſtatuit, vt huiuſmodi priuilegium [illegible] tantùm filijs fratrum,

trum, & non vlterioribus concedatur. In verſic. Sed & ipſis, aliud ſtatuit, vt nempè ipſis quoque fratrum filijs tunc illud beneficium competat, cùm ad ſucceſſionem cum patruis vocantur: Et ſic cum diuerſa vtrobique ſtatuerit, non poteſt ſuperfluus videri. Et quod attinet ad diſtinctionem illam (Et,) illa non malè poſita eſt in hoc ſenſu, quia hoc vult Imperator, ſolis fratrum filijs priuilegium illud competere, & non alijs, ſed & ipſis tunc ſolum competere, cùm ad ſucceſſionem cum proprijs patruis vocantur, quo ſermone reſtringit illud beneficium, quod antea videri poſſet abſolutè filijs fratrum competere: qui modus loquendi, & vſitatus, & congruus eſt.

Ex his patet reſponſio ad id, quod quarto loco Sonsbechius adfert.

Quintò, idem Sonsbechius perpendit textum in §. *ſi verò neque fratres.* vbi dicitur, poſt fratres, & fratrum filios cæteros in capita ſuccedere: ex hoc infert filios fratrum ſuccedere in ſtirpes, & non in capita. Reſpondeo, non rectè illud inferri, quia Imperator in præcedenti parte text. locutus eſt de filijs fratrum ſuccedentibus cum patruis ſuis, vel ad excluſionem venientibus patrui magni, aut fratris defuncti, ex vno latere tantum coniuncti, qui illis in caſibus in ſtirpes ſuccedunt, non autem in capita; quare poſtea ſubdit ſumma ratione, ſi nec fratres extent, nec filij fratrum, *ſicut diximus,* reliquos cognatos in capita ſuccedere. Quid autem ſit iuris, ſi ſoli fratrum filij concurrant, nec ad alterius excluſionem veniant, non declarauit Iuſtin. vllibi in d. Nouella, & ideò manet ius antiquum in ſuo robore, & efficacia.

Sextò, idem author perpendit in eodem §. *ſi verò neque fratres, verſic. ſi autem plurimi.* apertè Imperatorem decidere, ſi vltra fratrum filios plurimi ſint eiuſdem gradus, tunc ſingulos in capita ſuccedere, non in ſtirpes: quod tamen indubitatum erat, & antea conſtitutum. Ideò igitur putandus eſt Imperator id ita conſtituiſſe, ne quis crederet priuilegium fratrum filijs conceſſum, vt in locum parentis ſuccederent, & ſic in ſtirpes ſucceſſio diuideretur, extendi ad nepotes, vel pronepotes quoque præmortuorum fratrum.

Reſpondeo, Iuſtinianum in ea parte idem ſtatuiſſe, quod antiquo iure conſtitutum erat, & id non eſt abſurdum: quia in tota illa Conſtitutione multa innouauit, & correxit, & de vniuerſa ſucceſſione ſtatuit. Quare neceſſe fuit exprimere, quid innouaret, & quid conuenienter antiquis legibus ſtatueret, & non fruſtra de vlterioribus cognatis id decreuit: quia forſitan exiſtimari potuiſſet, aliquando iure repræſentationis locum futurum ſucceſſioni in ſtirpes. Non tamen inde argumentari licet hoc Iuſtinianum voluiſſe, vt filij fratrum in capita ſuccederent. Et ſanè probabilis coniectura nulla eſt; quoniam cùm Imperator ſciret antiquis legibus ſucceſſionem eis in capita deferri, ſi noluiſſet eas obtinere, certè id dixiſſet, ſicut dixit, & expreſſit illis in caſibus, in quibus filij fratrum concurrunt cum ſuis patruis, vel ad excluſionem patruorum aliquorum veniunt.

Ex quibus patet poſtremum argumentum, quod idem author vrget, ſi Iuſtinianus noluit filios fratrum in ſtirpes abſolutè ſuccedere, nihil noui ſtatuiſſet in d. §. ſi verò neque fratres. Etſi enim nihil ea in parte noui ſtatuiſſet, inutilis tamen Conſtitutio non fuit; quoniam ex ea intelligimus, quid Iuſtinianus iuris antiqui abrogauerit, & quid iuri antiquo conuenienter ſtatuerit. Neque enim vlla neceſſitas eſt, vt omnia iura vetera correcta eſſe putemus ex noua Conſtitutione, ſed ſatis eſt, ſi in aliquibus correcta fuerint, in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata.

CAPVT IV.

Quomodo aſcendentes in pari gradu exiſtentes ſuccedant filijs vita functis, nullo condito teſtamento.

TRES ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, aſcendentes hoc modo ſuccedere filijs inteſtatis defunctis, vt in bonis quæ ex paterna linea ad filios peruene-

runt, pater ſuccedat, matre excluſa, & mater contra patre excluſo in bonis, quæ ad filium ex linea materna peruenerunt, in cæteris bonis aliundè quæſitis æqualiter ſuccedant. *Ita Bartolus in Authent. Itaque, C. communia de ſucceſſion. & multi alij, quos refert Andreas Tiraquellus, de retractu conſanguin. §.14. num.12. & poſt eum Couuarr. de ſucceſſion. ab inteſtat. num.2.*

Fundamentum eſt primò in l.3. C. de bonis quæ lib. ibi, [*Sin autem idem nepos ſuperſtitibus tam patre, quàm auo paterno diem ſuum ſine liberis obierit, eorum dominium, quæ ad ipſum ex matre, vel ab eius linea peruenerunt, non ad auum, ſed ad patrem eius perueniat.*]

Secundò, in §.1. Inſtitut. per quas perſonas nobis acquir. ibi, [*Quæ enim inuidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reuertie*]

Tertiò, quia idem videtur receptum in ſucceſſione fratrum, vt frater vterinus in bonis illis ſuccedat, quæ ad defunctum fratrem ex linea materna peruenerunt: in his verò, quæ ex paterna linea, ſuccedat frater conſanguineus, *l. de emancipatis, C. de legitimis heredib.*

Secunda eſt ſententia nonnullorum, quos commemorat Couuart. *loco annotato*; ſolum patrem ſuccedere in lucris nuptialibus, quæ ad filium peruenerunt ex linea paterna: & contra, matrem ſolam in lucris acquiſitis ex linea materna. Ita enim loquuntur l.2. & 3. C. de bon. quæ lib.

Tertia eſt ſententia, quæ mihi veriſſima videtur, patrem & matrem, cæteroſque aſcendentes in pari gradu exiſtentes, filijs ſuis æqualiter ſuccedere, nulla bonorum diſtinctione adhibita, vnde peruenerint ad filium. *Ita Baldus in Authent. defuncto, C. ad Tertyllian. & alij multi, quos refert & ſequitur Couuarr. loco ſupra citato, de ſucceſſion. ab inteſtato, numer.2. & nouiſſimè Valentinus Forſterus de ſucceſſion. ab inteſtato, lib. 3. de ſucceſſione aſcendentium, concluſ. 4.*

Fundamentum eſt ſolidum in text. Nouellæ, de hæred. ab inteſtato. [*Si autem plurimi aſcendentium viuunt: hos præponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, maſculos & fœminas, ſiue paterni, ſiue materni ſint. Sin autem eundem habent gradum, ex æquo inter eos hæreditas diuidatur, vt medietatem quidem accipiant omnes à patre aſcendentes, quanticunque fuerint: medietatem verò reliquam à matre, aſcendentes, quantoſcunque eos inueniri contigerit.*]

Hic nullam vides fieri diſtinctionem bonorum, vnde filijs peruenerint, quæ tamen diſtinctio, ſi neceſſaria erat, exprimi debuiſſet. Non ergo licet nobis eam inducere ſine aliqua legis authoritate. Nam quod habetur in l. 3. C. de bonis, quæ liberis, non pertinet ad rem prorſus: quia ibi dicitur, patrem auo præferri in ſucceſſione. Nam illa verba: [*Non ad auum, ſed ad patrem eius perueniat.*] non ſunt accipienda de patre matris; & ſic de auo materno, ſed de patre ipſius filij defuncti. Nam facti ſpecies loquitur de patre, & auo paterno ſuperſtitibus; non autem de auo materno, vt patet ex verbis præcedentibus, ibi, [*Sin autem idem nepos ſuperſtitibus tam patre, quàm auo paterno, diem ſuum ſine liberis obierit, &cæt.* Nec non ex verbis ſequentibus: ibi, *Vſufructu videlicet in huiuſmodi caſibus auo, dum ſupererit, reſeruando:*] quæ verba intelligi non poſſunt de auo materno, ſed de paterno; quia ille vſumfructum habere debet, non auus maternus.

Quod autem ſecundo loco affertur ex Inſtitutionibus, nihil offendit; quia loquitur de bonis à patre profectis, quòd ſcilicet, æquum ſit, ea patri acquiri, quod à quęſtione noſtra longè eſt alienum.

Denique id, quod tertio loco adfertur de fratre vterino & conſanguineo, dubito, vt verum ſit; Ego enim in ſequenti capite falſum eſſe oſtendam. Sed vt maximè verum eſſet, quod iterum inficior, non inde ſequitur, idem etiam in ſucceſſione aſcendentium ſtatuendum eſſe, quam à ſucceſſione fratrum longè differre conſtat: Præſertim cùm videamus Iuſtinianum nulla bonorum diſtinctione facta, parentes ęquo iure ad filiorum ſucceſſionem vocaſſe.

CAPVT V.

De ſucceſſione fratris vterini, & conſanguinei controuerſia.

Exiſti-

Exiſtimo fratrem vterinum, & conſanguineum ęqualiter ſuccedere fratri inteſtato defuncto nullis proximioribus ſuperſtitibus, nulla diſtinctione adhibita bonorum, vtrum ex linea paterna, vel materna ad defunctum peruenerint. Et moueor autoritate textus *in Nouella de hæredib. ab inteſtato venient.* §. *ſi igitur*, vbi Iuſtinianus ita ſcribit: [*Si igitur defunctus neq; aſcendentes, neque deſcendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres, & ſorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos: quos etiam cum patribus ad hæreditatē vocauimus. His autem non exiſtentibus in ſecundo ordine illos fratres ad hæreditatē vocamus, qui ex vno parēte coniuncti ſunt defuncto, ſiue per patrem ſolum, ſiue per matrem.*]

Vides clarum textum nullam differentiam bonorum comminiſcētem, ſed æqualiter vocantem fratres vterinos & conſanguineos ad ſucceſſionem. Autores eiuſdem ſententiæ habeo Fulgoſium & Corneum *in Auth. itaque C. commun. de ſucceſſ.*

Communior ſententia docet vterinum ſuccedere in bonis, quæ à matre conſecutus eſt defunctus: Conſanguineum autem in illis bonis, quæ à patre habuit: in cæteris autem bonis æqualiter ſuccedere. *Bartol. in Authent. itaq. C. commu. de ſucceſſ. Iaſon in l. poſt dotem. ff. ſoluto matr. alios refert & ſequitur Cou. de ſucceſsionibus ab inteſtato, poſt nu. 8. verſ. Tertio, aſt animaduertendum, quibus adde Iacobum Cuiacium in conſultatione 23.*

Fundamentum eſt in l. de emancipatis, C. de legitimis hæredib. in illis verbis: [*Exceptis maternis rebus, in quibus, ſi de eadem matre fratres, vel ſorores ſint, eos ſolos vocari oportet.*]

Reſpondeo, Iuſtinianum ibi non loqui de fratre vterino, ſed de fratre, qui ex latere etiam matris coniunctus eſt defuncto, vt is alteri fratri conſanguineo præferatur in bonis, quæ defunctus frater à matre conſecutus eſt. Nam hæc eſt ſententia legis: Emancipato defuncto fratres & ſorores ei ſuccedere in dominio bonorum, patrem vero in vſufructu: fratres autem & ſorores, ſcilicet, ex vtroque latere, vel ex latere patris: ita tamen, vt is, qui non ſolum ex latere patris, verum etiam matris iunctus eſt, præferatur alteri conſanguineo, quoad bona, quæ defunctus habuit à matre.

Hæc veriſſima interpretatio confirmatur, quia eo tempore frater vterinus ad ſucceſſionem non admittebatur in ordine fratrum, ſed in ordine aliorum cognatorum. Primum enim ad ſucceſſionem vterini ſunt admiſſi, ex l. meminimus. C. eod. tit. quę lex eſt poſterior. Nam edita eſt Iuſtiniano IV. & Paulino Conſulibus. Altera vero, nempe, l. de emancipatis, poſt Cōſulatum Lampadij & Oreſtis, anno ſecundo.

Et in d. l. *meminimus*, ita ſtatuit Iuſtinianus: [*Sed nec fratrem, nec ſororem vterinos concedimus in cognationis loco relinqui: Cum enim tam proximo gradu ſunt: merito eos ſine vlla differentia, tanquam ſi conſanguinei fuerint: cum legitimis fratribus & ſororibus vocandos eſſe, ſancimus, vt ſecundo gradu conſtituti, & legitima ſucceſsione digni reperti aliis omnibus, qui ſunt vlteriorum gradus, licet legitimi ſint, præcellant.*]

Non igitur eſt veriſimile, Iuſtinianum *in d. l. de emancipatis*, locutum eſſe de vterinis fratribus, qui videlicet tantum ex latere matris ſunt coniuncti: quia eo tempore illi non erant in ordine fratrum. Præterea, ſi Iuſtinianus ibi loqueretur de fratribus, vterinis, eoſq; præferret in bonis, quæ à matre defunctus habuit, ratio poſtulabat, vt & conſanguineos præferret ſimiliter vterinis in bonis, quæ frater defunctus habuit à patre, quod eſt alterum membrum communis ſententię & diſtinctionis bonorum, qua tamen de re nullum eſt verbum in tota illa lege: imo, nullum verbum de vterino, vel conſanguineo fratre: ſed de fratribus & ſororibus generatim textus loquitur. Quare verba illa: *Exceptis maternis rebus, &c.* hunc ſenſum habent, quem dixi, vt videlicet frater ex eadem matre ſolus bona illa conſequatur, qui tamen frater ſit etiam ex eodem patre, non autem, qui ſit ex eadem matre tantum: quia ille non admittebatur in ordine fratrum, vt dixi.

Et ſane, ſi talis diſtinctio bonorum eſſet adhibenda ex illa lege, ęquum erat, vt idem Iuſtinianus in Nouella Conſtitutione id aliquo modo ſignificaret. Sed nihil hac de re dicit in dicta Nouella, quare argumen-

tum euidens eſt nihil etiam in dicta l. de emancipatis, ſtatutum fuiſſe; ſed generaliter & indiſtincte fratres, vterinos; æqualiter ſuccedere cum fratribus vterinis, nulla ratione habita bonorum fratris defuncti, vnde illa prouenerint, *vt in d. Nouella, de heredib. ab inteſt. venientibus. §. ſi igitur.*

CAPVT VI.

Si pater, & mater, vel auus paternus, & maternus ſimul ſuccedant filio, vel nepoti inteſtato defuncto, qui erat in poteſtate, an vſumfructum pater, & auus paternus habeat in portione matris, vel aui materni.

EXiſtimo patrem, vel auum paternum inteſtato filio defuncto, vel nepoti in poteſtate exiſtentibus ſuccedentem vna cũ matre, vel auo materno præter ſuam portionem, quam pleno iure conſequitur, iure etiam vſumfructum obtinere, donec vixerit, eius portionis, quæ matri, vel auo materno delata eſt. Moueor autoritate textus *in l. vltim. C. ad Tertyllian.* vbi Iuſtinianus ita ſcribit: [*Sin vero defuncta perſona in ſacris patris conſtituta deceſſerit: pater quidem vſumfructum, quem & viuente filio habebat, teneat, donec viuat ininterruptum, mater vero, quia hunc vſumfructum habere viuente patre non poteſt, totum apud patrẽ conſtitutum: vna cum fratribus defunctæ perſonæ ad proprietatem vocetur.*] ita docet Paulus Caſtrenſis *in Auth. Defuncto. C. ad Tertyll.*

Sed aliter pronunciatum eſt in Senatu Pedemontano *apud Anton. Teſſaurũ deciſ. 156.* Dubitationi iniecta ex Nouella Iuſtiniani *de hered. ab inteſtato venient.* Cuius hæc ſunt verba: [*Si autem pater, aut mater fuerint, diuidenda inter eos quippe hereditate ſecundum perſonarum numerum vti, & aſcendentium, & fratrũ, ſinguli æqualem habeant portionem, nullum vſum ex filiorum, aut filiarum portione in hoc caſu valente patre ſibi penitus vindicare, quoniam pro hac vſus portione hereditatu ius, & ſecundum proprietatem per præſentem dedimus legem.*]

Sed, bona tantorum patrum venia, ratio dubitandi non erat magna, quia Iuſtinianus ſatis diſerte vſumfructum patri aufert ex filiorum portione, non autem matris, & cauſam adfert, quia ſcilicet, vocatur ad ſucceſſionem, ad quam alias non erat vocatus ſecundum antiquas leges. De matris autem portione nullum verbum; Cum tamen loquatur etiam in eo caſu, quo mater adeſt, & ſuccedit, vt patet ex verbis illis: *vt ad aſcendẽtium*, & fratrum, quæ ſignificant non vnius patris, ſed plurium aſcendẽtium ſucceſſionem. Et ideo merito ſubdit, *nullum* vſum ex filiorum portione patrem ſibi vindicare. Idem & de portione matris dicturus, ſi voluiſſet. Ergo non derogatur l. vltim. C. ad Tertyl. quatenus ex portione matris vſumfructum patri aſſignat, ſed tantum quatenus ex portione fratrum. Atque ita ſentio, & ſatis id mihi perſpicuum videtur.

CAPVT VII.

An frater vtrinq; coniunctus defuncti præferatur, an vero ſimul cum eo ſuccedat?

NIgros iam diu meritiſſimo iure tulit calculos Iacobi Beluiſij ſententia *in §. ſi vero, in Nouella, de hered. ab inteſta. venient.* exiſtimantis fratrem vtrinq; coniunctum auo præferendũ eſſe in ſucceſſione defuncti, eo argumento, quod frater vtrinq; coniunctus vna cum patre ad ſucceſſionem vocetur; Pater autem vti gradu proximior auum excludat. Etſi enim Caſſanæus eam ſecutus fuerit ſententiam *in Cõſuetudine Burgundiæ, Rubr. 7. §. 6. verſi. ſed aduerte.* cæteri tamen eam repudiarunt, Bartolus, Caſtrenſis, Salicetus, Corneus *in Auth. defuncto. C. ad Tertyll.* Couar. *de ſucceſſ. ab inteſtato, nu. 5.* Illi docent ſimul auum, & fratrem ſuccedere, autoritate textus *in d. Nouella de hæredibus ab inteſtato venientibus*, in illis verbis: [*Si verò cũ aſcendentibus inueniuntur fratres, aut ſorores ex vtriſque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu aſcendentibus vocabuntur.*]

Proximus autem gradu is dicitur, quem nemo antecedit; *l. proximus, 92. ff. de verb. ſign.* Quare ſi ex aſcendentibus ſolus extet auus, cum eo frater vtrinque coniunctus ſuccedet, non autem eum excludet; quia auus erit tunc gradu proximus.

Ad argumentum reſpõdetur, auum hoc in caſu idem iuris habere, quod pater defuncti haberet. Eſt enim patre deficiente proximior, ideo à fratre excludi nõ poteſt, quemadmodum neque pater poſſet.

Caput VIII.

Vtrum fratres ex vno tantum latere coniuncti ſuccedant ſimul cum parentibus defuncti.

RESpondit Caſſanæus *in conſ. 9. & in conſuetudine Burgundiæ, Rub. 7. §. 6. verſ. dictũ eſt*, huc fratres, vel ſorores ex vno latere tantum coniunctos ſuccedere defuncto vna cum patre, vel matre, authoritate motus l. vltimæ, *C. ad Tertyll.* vbi Iuſtinianus ita dicit: [*Si quis, vel ſi quæ, matre ſuperſtite, & fratre, vel legitimo, vel ſola cognati*... *nus iura habente inteſtatus, vel inteſtata deceſſerit, non excludi à filÿ ſucceſſione matrem, ſed vna cum fratre mortui, vel mortuæ, ſi ſuperſtes vel ſilius, vel priuignus ipſius ſit ad eam peruentre ad ſimilitud*... *ſororum mortui, vel mortuæ, ita tamen, vt ſiquidem ſolæ ſorores agnatæ, vel* ... *& mater defuncti, vel defunctæ ſuperſint, pro veterum legum tenore dimidiam quidem matrem, alteram vero dimidiam partem omnes ſorores habeant.*]

Sed contrarium reſponderunt alÿ magis communiter, *vt videre licet ex Conar. de ſucceſſ. ab inteſtato num. 5.* Quibus Nouella Iuſtiniani adſtipulatur *de hæred. ab inteſtato*, in illis verbis: [*Si igitur defunctus deſcendentes quidem nõ relinquat hæredes, pater autem, aut mater, aut alÿ parentes ei ſuperſint: omnibus ex latere cognatis hos proponi ſancimus, excepto ſolis fratribus ex vtroque parente coniunctis defuncto, ſicut per ſequentia declaratur.*]

Hæc conſtitutio præponit parentes defuncti omnibus ex latere cognatis, exceptis ſolis fratribus vtrinq; coniunctis, ergo eos præponit fratribus & ſororibus ex vno tantum latere coniunctis, & cum ſit poſterior, priori eſt merito præferenda. Quare communem ſententiam amplector repudiata Caſſanæi opinione.

Caput IX.

Ad l. ſi infanti. C. de iure deliberandi. Controuerſia.

THeodoſius, &c. [*Si infanti, id eſt, minori ſeptem annis in poteſtate patris, vel aui, vel proaui conſtituto, vel cõſtitutæ hæreditas ſit relicta, vel ab inteſtato delata à matre, vel linea, ex qua mater deſcendit, vel alÿs quibuſcunque perſonis: licebit parentibus eius, ſub quorum poteſtate eſt, adire eius nomine hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem petere: Sed ſi hoc parens neglexerit, & in memorata ætate infans deceſſerit: tunc parentem quidem ſuperſtitem omnia ex quacunque ſucceſſione, ad eundem infantem deuoluta iure patrio, quaſi iam infanti quæſita, capere, &c.*]

Sed nunquid ſoli patri acquiretur hodierno iure, ſi mater, vel fratres, aut ſorores extent vtrinque coniuncti? variatum ſententijs eſt. Aiunt Angelus, Salicetus, Caſtrenſis, & Alexander *eo in loco*, quaſi illud ſpecialiter conſtitutum fuerit in fauorem patris, vt indicare videntur illa verba: [*iure patrio, quaſi iam infanti quæſita capere.*] Negant Bartolus *ad l. ventre. ff. de acquir. hæred. & ÿſdem etiam* Aret. Iaſ. *in d. l. ſi infanti, poſt n. 8.* Dec. *in conſ. 87.* quibus & ipſe ſubſcribo. Nam ſi hæreditas ſingitur iam infanti acquiſita ſequitur, vt non ad ſolum patrem deferatur, ſed & ad alios, qui vna cum eo vocantur ad ſucceſſionem, iuxta Nouellam, de hæredibus ab inteſtato venient. Quod enim dicitur, illud ſpecialiter in fauorem patris conſtitut. eſſe, locũ habere poteſt, ſecundũ ius antiquum, quo pater iure patrio, & iure peculij, omnia filiorum bona acquirebat, ſed cum iam in aduentitijs rebus eis ſuccedat, vt hæres, iuxta Nouellam illam, De hæred. ab inteſta. venient. non procul à principio, hinc efficitur, vt ius peculij, & patrium illud, iã ceſſet, & locum habeat ius ſucceſſionis, & hæreditatis; quod cum non ſolius patris ſit, ſed aliorum quoque qui cum patre vocantur ad hæreditatem, non ſoli patri conferendum ſit, ſed etiam cæteris communicandum, quibus communis eſt hæreditas atque ſucceſſio.

CAPVT X.

Natus ex coitu damnato, & nefario, an ſicut aſcendentibus non ſuccedunt, ita etiam excludantur ab inteſtati ſucceſſione tranſuerſalium.

NAtos ex nefario, & damnato coitu aſcendentibus non ſuccedere certum eſt, §. *vlt. in Auth. Quib. modis natur. effic. leg. & in §. vlt. Quib. modis natur. effic. ſui.* Sed controuerſia eſt: an etiam excludantur a ſucceſſione tranſuerſalium, & contra, tranſuerſales ab eorum ſucceſſione, ſiue ex eodem nati ſint coitu, ſiue non: ſed vnus ſaltem eorum, ſcilicet, vel is, qui defunctus eſt, & de cuius ſucceſſione agitur, vel is, qui debet ſuccedere. Et quidem excludi etiam ab huiuſmodi tranſuerſalium ſucceſſione reſpōderunt Alexand. *in conſ.* 174. *lib.* 5. Decius *in conſ.* 311. Ioan. de Anania *in conſ.* 95. & alij, *quos refert & ſequitur Cagnol. in l. ſi qua illuſtris. C. ad Orfitianum, n.* 44. *quibus adde Valentinum Forſterū de ſucceſſionib. ab inteſtato, tit. de ſucceſſionibus eorum, qui ex damnato coitu, &c. concl.* 5.

Cæterum, non excludi, reſponderunt Corneus, & Io. Petrucius Perſinus, *in d. l. ſi qua illuſtris*, Curtius iun. *in conſ.* 123. & alij *apud Afflictum deciſ.* 96. *alios citat Peregrinus de iure fiſci, lib.* 3. *tit.* 18. *n.* 43.

Fundamentum prioris ſentētiæ eſt, quia nati ex tali coitu damnato, & punibili, ſunt odibiles, & nulla eis participanda clementia eſt, vt inquit Imperator *in d. §. vlt. Nouellæ, Quib. modis natur. effic. legitimi*, nec filij nominantur naturales, nec patri, aut matri vllo modo coniunguntur: & ideo nec inter fratres, aut conſanguineos reputandi ſunt, ſiue perſona patris, ſiue matris conſideretur, ſicut colligere licet ex d. Nouella: [*Eos enim*, inquit textus, *qui ſemel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis vlla clementia eſt, ita ſit ſupplicium etiam hoc patrum, vt agnoſcant, quia neque quicquam peccatricis concupiſcentiæ fructum habebant filij.*] Et cuius Nouella, quib. mod. natur. effic. ſui. §. vlt. *Primum quidem*, inquit, *omnis, qui ex complexibus,* (*non enim hoc vocamus nuptias,*) *aut nefariis, aut inceſtis, aut damnatis proceſſerit, is non quidem naturalis nominatur, neque alendus eſt à parentibus, neque habebit quoddam ad præſentem legem participium.*]

Poſterioris autem ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex l. ſi Spurius. ff. vnde cognati Vlpian. [*Si Spurius inteſtato deceſſerit, iure conſanguinitatis, aut agnationis hæreditas eius ad nullum pertinet: quia conſanguinitatis, itemque agnationis iura a patre oriuntur, proximitatis autem nomine mater eius, aut frater eadem matre natus bonorum poſſeſſionem eius ex edicto petere poteſt.*]

Secundū ex l. hac parte. ff. eod. [illegible] [*Itē ipſi fratres inter ſe ex hac parte bonorū poſſeſſionem petere poſſunt, quia ſunt inuicem ſibi cognati.*]

Tertium eſt: quia inter ipſos videtur eſſe quædam ſaltem naturalis cognatio, *l.* 4. *§. & cognationis. ff. de gradibus.*

Quartum eſt; quia licet à parentum ſucceſſione repellantur, nulla tamen eſt lex, quæ à ſucceſſione fratrum, & aliorū tranſuerſaliū eos excludat. Nec ratio legis contra eos locum habere videtur, quia tranſuerſales non peccarunt, ſed parentes ex quibus tales procreati ſunt filij.

Nec obſtat illud argumentum, quod ſint excluſi à ſucceſſione patrum, & nullā cum eis habeant conſanguinitatem, quia nō inde efficitur eos non ſuccedere alijs & nō ſe alijs coniunctos. Nam & alius coniunctus ex latere patris ſuccedit, licet pater nō ſuccedat, *l.* 2. *§. ſi ſit conſanguinea ff. ad Orfitianum.* Rurſus ſi pater eius ſit perduellionis, filij non ſuccedunt, & tamen nemo negabit eos inter ſe ſuccedere, quia remanent agnati. Sic & nepos poſt mortem aui conceptus, auo non ſuccedit, *l. Titius, l. item præt. ff. de ſuis, & legitim.* & tamen nemo negabit, quin ſuccedat filio aui.

Ego ſane iuris rationi magis conſentaneam exiſtimo priorem ſententiam. Nam ſi tales nati ex coitu damnato, & punibili nullum habeant ius conſanguinitatis ſiue agnationis ex parte patris, & nullum ius proximitatis ex parte matris: conſequens eſt, vt nec vllo ſint in gradu, per quem ſuccedere poſſint cæteris tranſuerſalibus: Sed verum eſt prius, verum igitur & poſterius.

Maior

Maior propoſitio probatur, quia Vlpianus de Spurijs loquens ſic argumentatur; eos videlicet non poſſe iure conſanguinitatis, vel agnationis ad aliquem hæreditatem tranſmittere; quia ius conſanguinitatis, & agnationis à patre oritur, & ipſi patrem nominare non poſſunt, vnde ſi nec matrem nominare poſſent, ex qua iura proximitatis oriuntur, ſine dubio, nec iure proximitatis eis quempiam ſuccedere poſſe Vlpianus reſpondiſſet, eadem ratione. Minor autem probatur, quia tales nati ex nefario & damnato coitu, nec patrem, nec matrem appellare poſſunt, quia nec ſunt digni filiorum naturalium nomine, nec parentibus ſuccedere poſſunt; ſed omni prorſus auxilio, & omni clementia deſtituti ſunt, vt patet ex Nouellis ſuprà dictis; Igitur non habent iura conſanguinitatis ſeu agnationis, nec proximitatis. Et ideò rectè infertur, nec eos alijs ſuccedere tranſuerſalibus, nec tranſuerſales eis,

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere. Nam quod attinet ad l. ſi Spurius, & ad l. hac parte. ff. vnde cognati, nihil obſtãt, quia loquuntur de Spurijs, qui non ſunt nati ex damnato coitu, ſed dicuntur vulgò quæſiti, *iuxta l. vulgo concepti. ff. de ſtatu homin: & §. vulgo, in Inſt. de ſucceßion. cognator.* Id patet, quia textus dictarum legum ſupponit eos matri ſuccedere poſſe, quod in Spurijs, qui nati ſunt ex damnato coitu, prohibitum eſt. Similiter & de vulgo quæſitis loquitur textus *in l. 4. verſic. & cognationis. ff. de gradibus.*

Quod autem expreſsè non excludantur aliqua lege à ſucceſſione tranſuerſalium nil mouere debet; primò, quia Iuſtinianus eos indignos pronunciauit, & nomine filiorum naturalium, & omni clementia, Deinde, quia pater & mater ſunt fontes, & origines, ex quibus iura conſanguinitatis, & proximitatis oriuntur. qui fons cum eis deſit, nullum habent medium, ex quo gradum deducere cognationis valeant.

Et licèt, fratres, & alij tranſuerſales non peccauerint, tamen peccauerunt parentes, qui proinde ſunt digni hac pœna, vt filios omni iure ſanguinis deſtitutos eſſe intelligant. Et quamuis non malè dicatur ex eo, quòd filij à ſucceſſione parentum excludãtur, non rectè inferri, quod etiam à mutua inter ſeipſos ſucceſſione arceantur; tamen quando filij à parentum ſucceſſione ideo excluduntur, quoniam iura prorſus eis deſunt conſanguinitatis, & cognationis, non malè infertur, eos etiam omni iure, & gradu, ex quo ſucceſſio defertur, etiam inter ſeſe ſpoliatos, & deſtitutos cenſeri.

CAPVT XI.

Titulus pro herede in ſuis heredibus, veluti ſunt filij in poteſtate, an proficiat ad vſucapionem.

SVI *heredes ideo appellantur, quia domeſtici heredes ſunt, & viuo quoq; patre quodammodò domini exiſtimantur,*] inquit Iuſtinianus, *in §. ſui, in Inſt. de heredum qualit. & differ.* Domeſtici hęredes, id eſt, proprij, vt declarat Frãciſcus Connanus *lib. 10. cap. 5. nu. 7.* Quamobrem cum ſint veri & proprij hæredes, cęteriſque fauorabiliores, vt notum eſt, non video rationem vllam, cur non, ſicut cæteri hæredes; titulo pro hærede vſucapiant. Proinde ſequor Viglium *in §. ſui, in Inſtit. de hered. qualit. & diff.* Forcatulum *Dialogo 36.* Cumanum *in l. 2. §. filium. ff. pro herede.* Felgoſium *in l. 1. C. eod. tit.* Pinellum *ad Rubr. C. de bonis mater. in 2. parte, poſt nu. 38.* docentes æquè ſuos, atque alios hæredes titulo pro hærede poſſe vſucapere.

Contrarium docuerunt Accurſius Bartolus, Paulus, Alexand. Alciatus, & alij antiquiores, ac recentiores interpretes, *quos refert & ſequitur Couuar. ad c. poſſeſſor. in 2. parte, §. 5. de reg. iuris, lib. 6. & latius à Pinello commemorantur,* quorum argumentis facilè reſponderi poteſt.

Primum eſt ex l. 2. §. filium. ff. pro hærede. [*Filium quoque,* inquit Iulianus. *donatam rem à patre pro herede negauit vſucapere. Seruius ſcilicet, quia exiſtimabat naturalem poſſeßionem penes eum fuiſſe viuo patre, cui conſequens eſt, vt filius à patre heres inſtitutus res hereditarias à patre ſibi donatas pro parte coheredum vſucapere nõ poßit.*]

Reſpondetur, vſucapionem ex titulo pro

hærede, meritò locum non habere in re donata filio, quia illam viuo patre poſſidet ex cauſa, ſiue titulo donationis, licèt enim donatio non valeat, tamen naturalem poſſeſſionem tráſfert, ſicut cùm vir vxori donat. *l. 1. §. ſi vir vxori. ff. de acquir. poſſeſſ.* Et ideo filius non poteſt rem donatam ex alia cauſa nempe titulo pro hærede poſſidere. Nemo enim cauſam ſibi mutare poſſeſſionis poteſt, *l. 2. §. 1. ff. eod. l. 3. §. illud ff. de acq. poſſeſſ.* Conſequenter nec vſucapere poteſt pro hærede.

Et ſanè, vt Pinellus acutè animaduertit ex hoc loco potius argumentum ſumi poteſt, filium regulariter poſſe vſucapere, quia ſi non poſſet vſucapere pro hærede, nulla erat ratio, cur quæreretur, an in ea ſpecie poſſet vſucapere, in qua illud obſtabat, quòd nactus erat filius poſſeſſionem ex alia cauſa, quàm pro hærede.

Secundum argumentum eſt ex l. nihil, C. pro hærede: [*Nihil pro hærede poſſe vſucapi, inquit text. ſuis hæredibus exiſtentibus obtinuit.*]

Reſpondetur non hâc ſententiam legis eſſe, ſuos hæredes vſucapere non poſſe. Neque enim verba hoc ſignificant; Sed ſuis hæredibus exiſtentibus, nullum alium poſſe vſucapere. Cuius rei ratio adferri poteſt ex l. in ſuis, ff. de liber. & poſthum. vbi Paulus inquit: [*In ſuis hæredibus continuatione dominij, eo rem producere, vt nulla videatur hæreditas fuiſſe, quaſi olim hi domini eſſent. &c.*] Ex quo apparet in ſuos hæredes, & rerum dominium, & poſſeſſionem mortuo patre transfundi, & quamuis poſſeſſionem non apprehenderint, tamen eoſdem intelligi poſſidere, vt ſi alius ex teſtamento fortè quod vitioſum erat, hæreditatem adierit, vſucapere non poſſit, quia non poſſideat. Præcedit enim eius aditionem ea poſſeſſio, quam ſuis hæredibus lex tribuit.

Poſtremum argumentum eſt ex d. l. in ſuis, ff. de lib. & poſthum. Nam ſi filij patre mortuo dicuntur potius poſſeſſionem continuare, quàm hæreditatem adquirere, teſtimonio Pauli in d. l. ex hoc infertur, eoſdem nec poſſeſſionem ex titulo pro hærede adipiſci, nec ex eo titulo pro hærede (quem non habent) vſucapere poſſe.

Reſpondeo, filijs optime, ac præ cæteris conuenire titulum hæredis; quia ſunt veri, & proprij hæredes, & conſequenter vſucapere titulo pro hærede poſſe, licèt hoc amplius, quàm cæteri hæredes habeant, quod viuente patre quodammodo domini exiſtimantur, & ideò videantur potius liberam bonorum adminiſtrationem mortuo patre conſequi, quàm hæreditatem percipere. Sed non impedit hæc res titulum hæredis, & non facit, quo minus filij hæredes dicantur. Erant quidem viuente patre exiſtimatione quadam domini. Sed & mortuo patre verè ſunt domini, verè ſunt hæredes. Continuatio illa dominij ex legis interpretatione rei veritatem non immutat, atque adeò filij ius, & titulum hæredis non aufert.

CAPVT XII.

Verùm pater monachus effectus amittat vſumfructum, quem habet in bonis aduentitijs filij?

SI pater filium habens in poteſtate, Monachus efficiatur, vtrùm vſumfructum bonorum filij aduentitiorum, ſiue maternorum amittat, an verò ſaltem, donec ipſe viuit, Monaſterium habeat, pugnantes ſunt Doctorum ſententiæ. Multi docuerunt, vſumfructum manere debere apud monaſterium, donec pater vixerit. *Accurſius in Authent. Idem eſt, C. de bonis, quæ liberis, Baldus, Paulus Caſtrenſis, & Cortecus in cōmentarijs dicti loci. Decius in c. in præſentia, nu. 66. deprobat. & alij, quos refert & ſequitur Pinel. ad l. 1. C. de bon. mat. in 1. parte, nu. 49. Caualcanus de vſufru. pag. 421. nu. 241.*

Cæterùm, alij etiam non pauci exiſtimarunt, vſumfructum ad Monaſterium non tranſire, ſed ſtatim profeſſione ſecuta ad proprietatem redire. *Ita olim docuit Martinus Silimanus, Saluetus in Auth. idem eſt, C. de bonis, quæ liber & in auth. ingreſſi, q. 7. C. de ſacroſ. eccl. & ib. Iaſ. col. vlt. Cynus & Albericus in d. Auth. ſexcell, C. de bonis quæ liber. Hippolytus ſingulari 668. Couuar. in c. 2. nu. 8. de teſtam.*

Alij denique dixerunt dimidiam vſusfructus partem apud Monaſterium manere de-

re debere, alteram verò dimidiam ad filium pertinere. *Ita Bartolus, & Angelus in d. Authen. Idem eſt. Panormitanus in c. in præſentia, num. 57 deprobat. Syluester Prierias in Summa, in verbo, Religio. 6.*

Prioris ſententiæ fundamentũ eſt, quia ſi vſusfructus hoc in caſu amitteretur, & ad proprietatem tranſiret, id eam ob cauſam contingeret, quia filius patria poteſtate ſolutus eſſet, quæ patria poteſtas eſt cauſa, vt patri acquiratur vſusfructus. Sed hæc cauſa non obſtat: quia vſumfructum ſemel acquiſitum pater retinet, licet patria poteſtas ſit ſublata: Ergo in caſu propoſito, vſumfructum pater non amittit. Probatur aſſumptio ex l. vlt. C. ad Tertyl. & ex l. 3. C. de vſufructu.

Secundæ opinionis fundamentum eſt: quia per ingreſſum Religionis, & profeſſionem, tollitur patria poteſtas, quæ fons eſt, & origo requiſitionis vſusfructus patris. Nam cum Monachus ipſe in poteſtate ſit Abbatis, non poteſt alium in poteſtate habere, & mortuus dicitur mundo, conſequenter non poteſt talia ſecularia munera obire & exercere, legitimusque adminiſtrator eſſe bonorum filij, actiones mouere, & excipere, bonaque adminiſtrare, vt paterfamilias debet filiorum, quos in poteſtate habet, ſed orationi vacare debet, & in Monaſterio manere ſecundum regulas Religionis.

Tertiæ autem opinionis illud eſt fundamentum: quoniam ita conſtitutum eſt in patre filium emancipante, vt dimidiam partem vſusfructus retineat ac lucretur, *l. cum oportet. §. cum autem. C. de bonis, quæ liber.* Videtur autem pater Monaſterium ingrediens filium emancipare, quia ſeculo renunciat, ſeque & ſua omnia offert, & dedicat Deo.

Ego puto vſumfructum extingui, & ad proprietatem redire, hoc nouo argumento. Nam certum eſt patrem ipſum Monachum effectum, vſumfructum, de quo agitur, non retinere, cùm nihil proprij iuris habeat: Ergo ſi apud monaſterium manere debeat, iuſta aliqua cauſa interueniat, neceſſe eſt: At nulla poteſt eſſe iuſta cauſa. Nam ſi vlla eſſet cauſa, illa eſſet ex eo, quòd pater Monachus effectus ſua omnia bona, & iura transferret in monaſterium: Sed vſumfructus transferri non poteſt: quia extraneo cedi non poteſt, ſed proprietatis domino tantum, *§. finitur, in Inſtitut. de vſufructu.* Et licet ius percipiendorum fructuum vendi, locari, aut gratis concedi poſſit, *vt in §. 1. in Inſtit. de vſu & habitatione.* tamen hoc non fit in præſenti ſpecie. Nam cum aliquis concedit alteri ius percipiendi fructus, retinet ipſe ſine dubio ius vtendi, fruendi, & quaſi per alium videtur vti frui. Sed nullum ius apud Monachum eſſe poteſt: quia, vt inquit Iuſtinianus in Auth. de Monachis, §. ſi quis autem. [*ingredientem ſimul ſequuntur omnino res, licet non expreſſim, qui introduxerit eas dixerit, & non erit dominus earum vlterius vllo modo.*] Ergo non poteſt in Monaſterium ita transferri: conſequenter extinguitur, & ad proprietatem reuertitur.

Ad argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, leges, quæ adferuntur, loqui, quando patria poteſtas ſoluitur, morte filij, tunc enim pater vſumfructum non amittit: ſed nos loquimur, cum viuente filio, patria poteſtas ſoluta eſt: tunc enim, quia filius ſui iuris effectus, pro patrefamilias habetur, non videtur eſſe conſonum rationi, vt rerum ſuarum vſufructu careat. Præſertim, quia, vt in ſequenti capite oſtendemus, ipſe filius ſtatim patre Monaſterium ingreſſo, & Religionem profeſſo, ius habet legitimæ portionis conſequendæ, perinde, ac ſi naturaliter mortuus eſſet. Et quia filio emancipato certum eſt vſumfructum ceſſare, licet tunc in præmium emancipationis dimidia pars detur patri, *l. cum oportet. §. cum autem. C. de bonis, quæ liber.*

Ad argumentum tertiæ opinionis reſpondeo, illud habere locum, vbi pater filium emancipando liberat eum à poteſtate: tunc in præmium factæ emancipationis conſequitur, vt dictum eſt dimidiam partem vſusfruct. Sed in propoſita ſpecie pater nõ habet animũ emancipandi filiũ, ſed Religioné profitendi: Ex qua profeſſione

ius patriæ poteſtatis legis diſpoſitione, non patris beneficio perimitur. Quare nullum inde præmium conſequi debet: quia principalis intentio ſpectanda eſt.

Caput XIII.

Poſſitne filius patre Monaſterium ingreſſo, & Religionem profeſſo, adhuc viuente legitimam portionem petere?

AFfirmant Corſetus *in Sing. in verbo Legitima, num.* 3. Ioan. Anan. *in c.* 2. *de delictis puerorum.* Baldus Nouellus *de dote, parte* 1. *in principio, num.* 3. Couuar. *in c.* 2. *num.* 7. *de teſtam.*

Negant Gloſſ. & Bart. *in Auth. Si quæ mulier, C. de ſacroſanct. Eccleſ. & ibid.* Salicet. & Iaſon. Decius *in c. præſentia, num.* 67. *de probat. & ibid.* Fel. *num.* 56. Abbas *in c. cum ſimus, de regul.* Alex. *ad l. ſi cum dotem, nu.* 13. *ff. ſol. matrim.* Aſcanius Clemens *de patria poteſtate, c. vlt. n.* 77

Affirmantis fundamentum eſt, *in c. cum ſimus, de Regularib.* in illis verbis: [*Et bona paterna, quæ ipſi ex ſucceſſione proueniunt, poſtulare.*]

Huc accedat, quod dicitur *in d. Authent. Si qua mulier. C. de Sacroſanct. Eccleſ.* ſcilicet permiſſum eſſe patri Religionem profeſſo, portiones legitimas filijs aſſignare. id enim non permitteretur, ſi viuente patre portiones auferri Monaſterio non poſſent.

Negantis fundamentum eſt: quia filio legitima non debetur patre viuente, *l.* 1. *§. ſi impubere. ff. de collat. bonorum.* Nec contrarium eſt in præſenti ſpecie conſtitutum: immò non poſſe legitimam peti viuente patre, indicare videtur textus *in d. Auth. ſi qua mulier,* illis verbis: [*Sed ſi poſt ingreſſum Monaſterij moriatur: ante, quàm inter eos diuidat? filij legitimã percipient: reliqua ſubſtantia Monaſterio competente.*] Et ad text. *in d. l. cum ſimus,* reſpõdent, illa verba accipienda eſſe de ſucceſſione per mortem patris.

Ego priorem ſententiam veriorem puto tribus argumentis. Primum eſt ex §. *ſi quis autem verò, ſi vero filios, in Auth. de Monachis,* vbi Iuſtinianus ita dicit: [*Si vero filios habuerit: ſi quidem contigerit eum res aliquas donaſſe eis, aut per antenuptialem donationem, aut per dotis occaſionem contuliſſe, & faciunt hæc quartam ab inteſtato eius ſubſtantiæ: nullum in reliquis habeat participium filij. Sin autem nihil eis donauerit, aut minus quarta, poſt quam abrenuncians conuerſatus fuerit inter Monachos: nihilominus quarta debeatur filijs, aut ſupplementum, ſi contigit iam eos aliquid accepiſſe, aut etiam quatenus totum eis detur.*]

Hoc in loco Iuſtinianus indicat legitimam filijs deberi, aut eius ſupplementum poſtquam pater Monachus effectus, renuncians ſeculo profeſſionem fecit, indicat inquam ſtatim deberi, non expectata morte patris, ibi: *nihilominus quarta debeatur filijs, &c.*

Secundum argumentũ, quia omnia bona Monaſterio acquiruntur, vt patet ex Nouella ſupra dicta: Ergo Monaſterium tenetur filijs ſuam portionem ſtatim aſſignare, ex qua ſe alere poſſint; aut lege cauendum erat Monaſterium teneri ad ſuppeditanda filijs alimenta, quod factum non eſt nec iuris rationi conuenit: quia poſſet fieri, vt legitima portio, vel non ſufficeret ad alimenta, vel vt inde onus ſentiret Monaſterium maius, quam ſi legitimam portionem filio aſſignaret.

Tertium argumentum, quia patris Monachi effecti, & profeſſi nulla poteſt eſſe ſucceſſio, quia nihil habet. Nam omnia bona tranſtulit ad Monaſterium, *Authent. Ingreſſi, C. de Sacroſanct. Eccleſ.* Ergo fruſtra expectati debet mors eius, vt filij in portionẽ legitimam ſuccedant.

Ex his reſponſio patet ad contrariæ ſententiæ argumentum, quia licet regulariter filius non poſſit legitimam petere viuente patre: ſumma tamen æquitate, & ratione videtur excipiendus caſus iſte, ne vel filius legitimo bonorum ſubſidio careat, vel monaſterium onus habeat alendi, & quod attinet ad textũ in d. Authent. Si qua mulier, nihil obſtat: quia non dicit, filium petere non poſſe legitimam viuente patre Monacho, ſed dicit, ſi non fuerit ante patris mortem aſſignata, patre mortuo aſſignandam eſſe. Interim non negat textus peti poſſe. Quod autem peti poſſit, & debeatur etiam patre viuente, ſatis luculenter colligi poteſt, ex argum. ſupradictis.

CAPVT

CAPVT XIV.

Teſtamentum factum ante ingreſſum Religionis, an per ingreſſum reuocetur, ſecuta ſcilicet profeßione.

TESTAMENTVM antea cōditum rumpi ex eo, quod teſtator poſtea fecerit Religionem profeſſus, autores ſunt multi. *Accurſius in Auth. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Fredericus Senenſis in conſ.* 165. *Iaſon in dicta Authent. Si qua mulier, num.* 17. 18. *& quidam alij.* Fundamentum vero eſt, quia Monaſterium ſit habendum loco filij: Et ideo, ſicut agnatione poſthumi rumpitur teſtamentum, ſi præteritus ſit, ita & Monaſterij præteritione rumpi. Quod ſane fundamētum ideo firmum non eſt: quia iure non probatur, Monaſteriū eſſe in locū filij. Etſi enim à multis id dicatur, à nullo tamē probatur. Et quæ adfertur Authen. Niſi rogati, C. ad Trebellianum. non hoc dicit, vt ex eius verbis, & ex Nouella vnde ſumitur, facile eſt intelligere.

Alij dixerunt, teſtamentum rumpi, etiamſi legitima portio Monaſterio fuerit relicta, propterea, quod teſtator videatur eſſe ex profeſſione capite diminutus, quaſi Religionis profeſſio ſit capitis diminutio. *Ita Salicet. & Fulgoſius in Authent. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Romanus in conſ.* 237.

Sed non probatur iure, hanc eſſe capitis diminutionem. Non obſtat, quod de arrogatione adfertur, per quam teſtamentum rumpitur, *l. conficiuntur. §. ſi poſt. ff. de iure Codicill. §. alio autem modo. & §. ſequent. in Inſtit. Quibus modis teſtament. infirmet.* quia hęc arrogatio non eſt. Quod enim dicitur, ſicut per arrogationem, ita & per iſtam profeſſionem bona transferri in alienā familiam & poteſtatem: & libertatem amitti, quia monachus tranſit in poteſtatem Abbatis, parum iuuat hanc ſententiam: quia monachus obedientiam ſpondet, non autem ſeruus efficitur, & ante ingreſſum Monaſterij de rebus ſuis diſponere poteſt: [*ingredientem namq. ſimul ſequuntur omnino res, & non erit vlterius earum dominus.*] inquit text. in §. illud, Nouella, de Monach. Et ideo, ſi res ſuas aliter diſpoſuerit teſtando, non tranſeunt ad Monaſterium, ſed ad illos, quibus relictę ſunt, *Auth. Nunc autem, C. de epiſc. & cler. ibi, Si prius teſtatus non ſit.*

Et quamuis vt teſtamentum valeat, neceſſe ſit teſtatorem habuiſſe factionem teſtamenti, & cum illud fecit, & cum mortuus eſt, *l.* 1. *§. exigit. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tab.* non tamen ideo teſtamentum, quo de agitur, infirmari poteſt, quaſi mortis tempore factionem teſtator non habuerit, quia lex poteſtatem faciens teſtamenti ante ingreſſum Religionis faciendi, in conſequentiam illud valere præcipit, licet poſtea mortis tempore factionem teſtator non habuerit.

Denique Romanus ſic argumentatur: Non rumpitur teſtamentum, quando monachus inter liberos teſtatur, *Authent. Si qua mulier, C. de ſacroſanct. Eccleſ.* Ergo rumpi debet, quando inter extraneos teſtatur. Nego conſequentiam. Verba enim textus hæc ſunt: [*Sed ſi perſona liberos habens antequam de rebus ſuis inter eos diſponat: Monaſterium intret, liceat ei poſtea inter eos diuidere, legitima nō diminuta.*] Non licet à contrario ſic argumentari, quia antequam Monaſterium quis intret, licentiam habet teſtandi, *vt in d. §. illud Nouella, de Monach. Auth. Nunc autem, C. de epiſc. & cleric.*

At Romanus id negat, exiſtimans text. in §. illud, Nouella de Monachis, non accipi de teſtamento. Ait enim textus: [*Antequam Monaſterium ingrediatur, licentiam habere ſuis, quomodo voluerit: vti.*] non dicit, teſtari de rebus ſuis, ſed (vti) quod verbum potius pertinet ad contractum, & ad diſpoſitionem inter viuos, quam ad vltimam voluntatem.

Sed fallitur Romanus ex lapſu memoriæ. Extat enim alia Conſtitutio, nempe, Nouella LXXVI. ſub titulo: Hæc Conſtitutio interpretatur priorem Conſtitutionem de his, qui ingrediuntur Monaſterium. vbi Imperator declarans priorem illam Conſtitutionem de Monachis, quæ ex Nouella V. oſtendit teſtamentum fieri poſſe ante ingreſſum Religionis ex dicta

Nouella 5. Sic dicens: [*Et quoniam noſtræ pietatis lex, vult eos, qui ſe Monaſterijs dederint, ſeu viros, ſeu mulieres antequam ingrediantur Monaſterium, eo quo voluerint modo, quæ ſua ſunt diſponere, &c.*] Hæc enim verba, [*eo quo voluerint modo, quæ ſua ſunt diſponere,*] ſignificant procul dubio diſpoſitionem tam inter viuos, quam in vltima voluntate: quia oratio eſt vniuerſalis, vt patet.

Non igitur hæc ſententia recte probatur, quæ monachiſmum docet eſſe capitis diminutionem, aduerſus quam Cuiacius præclare in expoſitione d. Nouell. 5. [*Hic cognitis tractemus*, inquit, *an verum ſit, quod Accurſius notat monachiſmum eſſe capitis minutionem. Equidem puto non eſſe: quia nec ciuitatem, nec libertatem, nec familiam adimit. Non omnis ſtatus mutatio, capitis minutio eſt, Manumiſſio non eſt capitis minutio: Senatus motio non eſt capitis minutio: monachiſmus non eſt capitis minutio: nam & ius legitimarum hæred. monachi habent, l. vlt. §. Hoc etiam. C. de epiſcop. & cler. & ante hanc Nouellam habuerunt bona propria, & teſtamenti factionem l. generali, C. de Sacroſ. Eccl. quaſi ciues, & irritum teſtam. non fit monachiſmo, quod tamen conſtat irritum fieri capitis minutione etiam minima. Idq́ hæc Nouella probat & 76. &c.*] Hactenus ille.

Alij igitur diſtinctionem adhibendam cenſuerunt, vt ſi teſtator eo tempore, quo teſtamentum fecit, religionem ingredi cogitabat, minimè rumpatur teſtamentum. Cæterum, ſi non cogitabat, quaſi ex noua quadam voluntate rumpatur. *argument. leg. ſancimus, C. de teſtam. Ita Bartolus in dicta Authent. ſi qua mulier, nu. 7. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Decius in c. in præſentia, nu. 61. de probat. & eo loci Imola col. vlt. Clarus, §. teſtamentum. q. 28. verſic. ſed retenta.*

Sed certe ad huius ſententiæ confirmationem nihil pertinet text. *in d. leg. ſancimus, C. de teſtam.* & nulla iuris [illegible] ei ſuffragari videtur.

Couuarruuias *in 2. poſt num. 5. de teſtament.* poſt Antonium Butrium, *quem refert in c. in præſentia, de teſtibus* Bartoli ſupradictam diſtinctionem amplectitur ad effectum, vt teſtamentum [illegible]um ab eo, qui religionis profeſſionem minime cogitauerat, profeſſione ſecuta rumpatur ſolum, quoad legitimam portionem monaſterio competentem.

Sed hinc ſententiæ duo obſtant: Vnum eſt, quod Iuſtinianus licentiam concedit, vt ante religionis ingreſſum, aliquis diſponat res ſuas quocunque voluerit modo: & conſequenter poteſt etiam monaſterium præterire. Alterum, quod iam concluſum eſt iure non probari, quod monaſterium ſit loco filij: Et tunc ei portio legitima relinquenda ſit, quando iam ingreſſus monaſterium vniuerſas res ſuas inter filios diſtribuit: Debet enim eo caſu ſua perſona [illegible] connumerata partem ſibi retinere, quæ monaſterio competere debet, *vt inquit text. in d. Authent. ſi qua mulier, C. de Sacroſanct. Eccleſ.*

Poſtrema igitur ſententia eſt, quæ mihi veriſſima videtur, teſtamentum ante religionis ingreſſum conditum, nequaquam ingreſſu, & religionis profeſſione rumpi, nulla diſtinctione adhibita: vtrum de religione teſtator cogitauerit, vel non cogitauerit. *Ita Franciſcus Aret. ad l. 1. numer. 45. ff. de teſtament. Panorm. in c. præſentia, num. 52. & Felin. ibid. num. 54. de probat.* Et in hac ſententia maluiſſem perſiſtere Couuar. *in d. c. 2. de teſtam.* dum dixit ſe malle Abbatis & Aretini concluſionem defendere. Nam fundamentum eſt firmiſſimum huius ſententiæ in lege Iuſtiniani permittente bonorum diſpoſitionē quocunq; modo ante ingreſſum religionis, *vt in dicta Nouella 5. de Monachis, §. illud, & in dicta Nouella 76. Hæc conſtitutio, &c.* Si enim licentia data eſt teſtandi ante ingreſſum, iuſta eſt interpretatio teſtamentum valere, & nequaquam rumpi propter ingreſſum.

Eſſet enim ridiculum dare hanc teſtandi poteſtatem ingreſſuro religionem, diſponendi, & eo iam ingreſſo teſtamentum infirmare. Nulla ſane eſt ratio illud infirmandi, quia ante ingreſſum dominus eſt, qui teſtatur, bonorū ſuorum: qui teſtandi licentiam habet: Non per ingreſſum capite minuitur. Non per ingreſſum dominium amittit, cum antea teſtatus eſt, ideo dicit textus, eum *Non vlterius dominum* [illegible]rum, id eſt, dominū eſſe, ac diſponere poſſe

ante

ante ingreſſum quocunque velit modo; nō autem poſteà. Et magis clarè Irnerius in Authent. Nunc autem, C. de epiſc. & cleric. [*Nunc autem* (inquit) *cùm Monachus factus eſt, hoc ipſo res ſuas omnes obtuliſſe monaſterio videtur, ſi prius teſtatus non ſit.*]

CAPVT XV.

Teſtamentum factum ante profeßionem, poßitne monachus poſt factam profeßionem reuocare?

TEſtamentum ante profeſſionem factū a Monacho, mutari & reuocari poſſe poſt factam profeſſionem, reſpondit Bart. *in Auth. Si qua mulier, n.14. C. de ſacroſan. eccleſ.* Aretinus *in l.1. nu.5. verſ. circa articulum ſecundum. ff. de Teſtam.* Ant. Butrius *in conſ.79. & in c. in præſentia, num.34. de probat.* Guil. Bened. *in c. Rainutius, verſic. Mortuo itaque teſtatore, in primo. num.*300.

Sed contrarium reſponderunt Decius *in cap. in præſentia, numer.68. de probatio. & ibidem* Auguſtinus Berous *num.*537. & alij, quos refert & ſequitur Couarr. *in c.2. num.9. de Teſtament.*

Alij dixerunt, teſtamentum poſt factam profeſſionem mutari poſſe in fauorem Eccleſiæ; inter liberos & Eccleſiam diuidendo hæreditatem. *Ita poſt Baldum, Fulgoſium, Caſtrenſem, docet Iaſon. in d. Authen. Si qua mulier. nu.*33.

Prioris ſententiæ fundamentū eſt in l. Sed ſi mors. §.1. ff. de donat. inter vir. & vxor. ibi, [*Humanum eſt, donationem cauſa mortis, quæ ab initio facta eſt, tali exitu ſubſecuto confirmari, tanquam ſi mortuo marito rata habeatur; ita tamen, vt non adimatur licentia marito eam reuocare, &c.*] Idem habetur in l. Res vxoris, C. eod. tit.

Addit Aretinus hoc argumentum, quia ſcilicet ratio, cur Monachus teſtari non poſſit poſt factam profeſſionem; illa ſit, quod non ſit dominus rerum, *vt in §. Illud. in Authent. de monachis.* ſed hæc ratio non habet locum tempore mortis Monachi, quia ſi tunc rerum dominus non eſſet, nec hæredem habere poſſet ex teſtamento antea condito; quia dominium rerum ipſo iure tranſit à defuncto in hæredem, *l. Cùm hæredes, ff. de acquirenda poſſeßione.* Cùm igitur hæredem habeat, videtur eſſe dominus rerum mortis tempore, & conſequenter teſtamentum antea factum reuocari poteſt.

Ad extremum affert Ioan. Andr. doctr. *in c. Non poteſt, de præben. lib.6.* quoties aliquis ex priuilegio redditur habilis ad faciendum teſtamentum, in conſequentiam eidem permiſſum videri, teſtamentum reuocare.

Fundamentum verò ſententiæ negantis poſſe teſtamentum reuocari, illud eſt, quia profeſſione facta non licet amplius teſtari, *c. Quia ingredientibus. 19. q.3. in Auth. de Monachis §. illud.* ergo nec reuocare licet teſtamentum, quia reuocari non poteſt, niſi per aliud teſtamentum, §. *Ex eo, in Inſtit. Quib. modis teſtam. infir.*

Huc accedat ratio. Nam facta profeſſione, monachi non ſunt vlterius rerum ſuarum domini, *vt in d. §. illud, & in Auth. ingreßi, C. de ſacroſ. Eccleſ.* Ergo nec de illis poterunt aliquo modo diſponere.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt in dicta Auth. Si qua mulier, C. de ſacroſanct. Eccleſ. vbi dicitur, poſt ingreſſum monacho permiſſum eſſe, vt inter liberos teſtetur, ibi: [*Liceat ei poſtea inter eos diuidere.* Et infra: *Suæ perſonæ filijs connumerata partem ſibi retineat, quæ monaſterio competere debet.*] Si enim licet ei teſtari: ergo multò magis teſtamentum reuocare.

Ego ſententiam, quæ negat reuocari poſſe teſtamentum, veriorem eſſe exiſtimo, & pro eius confirmatione perpendo verba Iuſtiniani in Nouella, hæc Conſtitutio interpretatur priorem conſtitutionem, &c. [*Et quoniam*, inquit, *noſtræ pietatis lex vult, eos, qui ſe Monaſterijs dederint, ſiue viros ſiue mulieres antequam ingrediantur Monaſterium, eo quo voluerint modo, quæ ſua ſunt, diſponere: nec poſſe, poſtquā ingrediuntur Monaſteriū, vlterius agere quidquā de proprijs, vtpotè dominis rerū non exiſtentes vlterius eo, quod noſtra cenſuimus huiuſmodi viros & mulieres, cum corpore & anima ipſo ingreſſu ad monaſteriū dedicare ſe ſuaſque ſubſtantias, &c.*]

Ad

Ad primum argumentum contrariæ ſẽtentiæ reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia; quia maritus deportatus reſtitui poteſt, & ſic reſtitutus donationem cauſſa mortis factam reuocare: Sed monachus effectus, non poteſt, facta profeſſione, reſtitui ad priſtinum ſtatum, vt ſic res ſuas recuperet, quæ iam Monaſterio ſunt acquiſitæ: tenetur enim eas relinquere Monaſterio, *vt in c. ſtatutum* 18. *quæſt.* 1.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, negando monachum mortis tempore dominum eſſe: omnes enim ſubſtantias tranſtulit in Monaſterium. Quod ſi dicatur hoc verum eſſe, ſi prius monachus teſtatus non ſit, *vt inquit text. in Auth. nũc autem, C. de ſacroſ. Eccleſ.* Reſpondeo, ſi monachus prius teſtatus ſit in Monaſterium bona non tranſire, quantum ad hoc, vt ijs perſonis auferantur, quibus in teſtamento relicta ſunt: nam auferre non poſſunt, ſed bona apud Monaſterium manere debent, donec vixerit monachus, & poſt eius mortem debentur hæredibus inſtitutis; ſed non inde ſequitur, ipſum monachum adhuc dominum eſſe bonorum, & ius teſtandi, ac de illis diſponendi habere. Nam omne ius diſponendi amiſit profeſſione facta, ſalua diſpoſitione antea facta.

Non obſtat, quod dicitur, ſi non ſit dominus mortis tempore, dominium in hæredem tranſire non poſſe: quia licèt dominus non ſit, lex tamen conſeruat ius hæredibus inſtitutis, quaſi monachus tunc mortuus naturaliter fuerit, cum teſtamentũ cõdidit. Non enim vult lex, vt per ingreſſum, & profeſſionem fiat præiudicium illis, quibus bona relicta ſunt.

Quòd verò dicebat Aretinus ex Ioanne Andrea, locum habere poteſt, quando impedimentum medij temporis non obſtat. Poteſt enim is, qui priuilegium teſtandi habuit, teſtamentum reuocare, niſi medio tempore, ſcilicet, poſt conditum teſtamentum, impeditus fuerit, puta Religionis ingreſſu & profeſſione, quæ omnem de rebus proprijs diſponendi facultatem adimit.

Fundamentum denique ſententiæ vltimæ non eſt ſatis firmum, quia text. in Auth. Si qua mulier, non dicit, teſtamentum antea factum reuocari poſſe in fauorem Eccleſiæ, & liberorum; ſed dicit, licere monaſterium ingreſſo inter liberos bona diuidere, ſi anteà non diſpoſuerit:] *Sed ſi perſona*, inquit, *liberos habens, ante quam de rebus ſuis inter eos diſponat, monaſterium intret, liceat ei poſtea inter eos diuidere, &c.*] Ratio eſt, quia non potuit pater ijs vnquam præiudicare, quo ad legitimam debitam.

Capvt XVI.

Vtrùm hereditas delata monacho, immediatè monaſterio deferatur, vt eam adire valeat abſq; facto monachi, an verò ex perſona ipſius monachi, vt proinde neceſſaria ſit eius aditio.

IN hac iuris quæſtione in contrarias ſententias abierunt Canoniſtæ & Legiſtæ, *vt videre licet ex commentarijs Doctorum in c. in præſentia, de probat. in l.* 1. *ff. de vulgar. Socino in conſ.* 52. *lib.* 4. *Claro in* §. *Teſtamentum, quæſt.* 30. Nam Canoniſtæ docuerunt, hæreditatem immediatè deferri monaſterio; Legiſtæ contra immediatè monacho deferri. Negant illi, aiunt iſti, neceſſariam eſſe monachi aditionem. Nituntur illi hoc argumento, quòd nulla ſit amplius penes monachum voluntas, ac poteſtas, ſed penes Monaſterium & Prælatos, *c. Nolo, c. Non dicatis* 12. *quæſt.* 1. *c. Si religioſus, de Electionib. li.* 1. Nullum rerum dominium, nulla adminiſtratio, §. *illud, Nouella de Monachis*. Quòd nõ ſibi, ſed monaſterio acquirat hæreditatem, *c. Statutum* 18. *quæſt.* 1. Quod nulla ratio habeatur perſonæ eius, ſed monaſterij, cuius etiam contemplatione in dubio relictum præſumi debet, *c. Requiſiuiſti, de teſta.* Nituntur iſti eo argumento, quod ſumitur ex l. Deo nobis. §. 1. C. de Epiſc. & cleric. in his verbis: [*Omnem parentum ſubſtantiam hæredes, quibus ab inteſtato compẽtit ſecundum leges noſtras ſibi defendant, nullo eis impedimento ex ſanctimoniali conuerſatione generando, &c.*]

Et quoniam, ſiue monachus ſeruo comparetur, ſiue filio in poteſtate exiſtenti dicen-

dicendum videtur, neceſſariam eſſe eius aditionem. Nam quod attinet ad ſeruum, neceſſariam eſſe eius aditionem, patet ex l.3. C. de hæred. inſtit. Et olim filiusfamilias non poterat abſque iuſſu parentis adire, vel repudiare, & ei acquirebat, & tamen iuſſu patris præcedente, neceſſe erat, vt ipſe filius adiret, *l. Placet, l. Is qui hæres. §. vlt. l. Qui in aliena. §. iuſſum, ff. de acq. poſſeſſ.* licèt nouo Iure Iuſtinianus ſtatuerit, patrem adire poſſe etiam filio inuito: & contrà, filium inuito patre, *l. vlt. C. de bonis quæ liber.* Vnde & monachus dicitur acquirere monaſterio, *c. ſtatutum* 18. *q.* 1. Nec obſtat quòd dicitur, in monaſterium omnes res transferri, quia transferri non poteſt ius adeundi, quippe quod in bonis noſtris non eſt, *l. pretia rerum, ff. ad leg. Falcid.*

Ego video hanc quæſtionem neutro iure deciſam eſſe, vtriuſq; autem iuris ratione perpenſa rectè decidi poſſe. Nam iure Ciuili certum eſt hæreditatem eſſe adeundam ab eo, cui delata eſt, vt ei acquiratur. Nam ſi repudietur, non acquiritur, *l. 1. & 2. C. de repud. hæred.* Item eodem iure certum eſt, hęreditatem deferri monacho, ſanctimoniali profeſſione non obſtante, *l. Deo nobis. §. 1. C. de Epiſcopis & Clericis.* Nec contrarium iure Canonico ſtatutum eſt; Ergo neceſſaria eſt aditio monachi, ſed quia ille nil poteſt facere ſine conſenſu ſuperioris, *c. Si religioſus, de elect. libro 6.* neceſſari° erit ſuperioris cōſenſus: ac proinde, ſi defuerit, nec monacho, nec monaſterio hæreditas acquiri poterit. Non rectè monachus ſeruo, vel filiofamil. comparatur: nec enim libertatem amittit, aut patrem nactus eſt, ſed ſuperiorem, ac prælatū. Non rectè etiam illud adfertur quod dominium rerum ſuarum monachus amittat; quia id nemo negat; neque enim ſibi acquiri hæreditatem ex aditione, ſed monaſterio. Et quod dicitur, monachum non habere, [*nec velle, nec nolle, ſed ex illius, quem vice Dei ſuprà caput ſuum poſuit, & cuius imperio ſe ſubiecit, voluntate pendere.*] In c. Si religioſus, de Elect. lib. 6. hoc argumentum præſtat monachum adire hæreditatem non poſſe, niſi cum conſenſu ſui Superioris.

Ex his patet, ſententiam Legiſtarum vtriuſq; iuris rationibus ſatis conſentaneam videri.

Caput XVII.

Quid ſi monachus, cui dilata eſt hereditas, adire nolit, an poſſit eo inuito monaſterium adire?

CVm Monachus nec velle habeat, nec nolle, ſed ex imperio ſui ſuperioris; ac Prælati dependeat, vt inquit text. *in c. Si religioſus, de elect. lib. 6.* raro poterit accidere vt prælato ſuo reluctetur iubenti eum hæreditatem adire, ſi tamen caſus accideret, non dubito, quin vera ſit Bartoli ſententia *in l. 1. nu. 21. ff. de vulgar.* docentis Prælatum ſiue Monaſterium eo inuito adire poſſe nō quidem ex comparatione, qua ipſe vtitur Monachi & filij familias; ea enim, nec ſatis probatur, nec perpetua eſſe poteſt, ſed ex iuris ratione, quæ ſumi poteſt ex eo, quod de filiofamilias adire recuſante, conſtitutū eſt, nempè, vt pater adire nihilominus, & ſibi acquirere poſſit hæred. quantum ad vſumfructum, *l. vlt. C. de bo. quæ lib.* Id enim eā ob cauſam conſtitutum fuiſſe videri poteſt, quod iniquum authori noſtro viſum eſt, factum filij, qui ſubiectus eſt patri, iuribus patris præiudicare, ac emolumenti acquiſitionem ei impedire; cum tamen ea ratio iniri poſſit, vt patre adeunte nullum ipſe filius præiudicium ac damnum ſentiat. Hæc ſuggerit æquitas, etiamſi iure deficiamur, vt quod mihi non nocet, & tibi prodeſſe poteſt, facile permittatur, *l. 2. §. Item Valerius ff. de aqua pluuia arcenda.* Hæc ratio locum ſibi vendicat in præſenti ſpecie; quia Monachus Prælato ſuo ſubiectus eſt, ideò nos debet impedire ſua recuſatione monaſterij emolumentum, & commodum, cùm ipſe Monachus nullum damnum eam ob cauſam paſſurus ſit; quia monaſterium ſine duo tenebitur creditoribus & legatarijs, ſicut paterfamilias tenetur eo in caſu, quo filius recuſat adire. Hinc fundamentum contrariæ ſententię corruit, quam ſecuti ſunt Angelus, Fulgoſius, Are-

tinus, & alij, *quos commemorat Socin. in d. l. 1. ff. de vulg. nu. 22. verſic. Circa ſecundum, de qua late diſſerit Ripa ibid. nu. 150. & ſeq.* Nam in eo eſt poſitum, quòd non poſſit Monachus filiofamilias æquiparari, ſed potius ſeruo; & quòd ſi filiofamilias comparandus ſit, ea comparatio locum habere debeat, cùm agitur de bonis profectitijs, hoc eſt, filio cõtemplatione patris relictis, vel donatis: tunc enim locum nõn habet d. l. vltim. C. de bonis, quæ liber. iſtud, inquam, fundamentum ideò corruit; quia ſententia, quam defendimus, non ea nititur comparatione. filijfamil. ſed iuris ratione, qua nititur conſtitutiò de filiofamilias adire hæreditatem recuſante, vt dictum eſt. Quamquam nec mihi diſplicet argumentum: quo vſus eſt Ripa *loco annotato.* quod videlicet Monachus ſit pars monaſterij, ſuamque voluntatem in monaſterium tranſtulerit. Et ideo ſi monaſterium eo recuſante adierit, videri nihilominus ipſum monachum adiuiſſe, ratione habita maioris partis., & communis conſilij ac voluntatis monachorum. Maneat igitur ſententia, quæ religioni fauet, *l. Sunt perſonæ, ff. de religioſ. & ſumptibus funer.*

Capvt XVIII.

Quid ſi monachus deceſſerit ante aditam hæreditatem, an monaſterium poſſit illam adire.

Rvrsvs controuerſia eſt inter Canoniſtas & Legiſtas in eadem facti ſpecie, ſi proponatur monachum ante aditam hæreditatem deceſſiſſe, poſſitne monaſterium eam adire, & ſibi acquirere? Nam Canoniſtæ affirmant, Legiſtæ vero negant, *vt videre licet ex Bart. in l. 1. ff. de vulg. num. 24. Socin. ibid. nu. 23. circa tertium, Ripa num. 154. & alijs ibid. interpretib. Item ex Panorm. Felin. Pariſ. & alijs inc. in præſentia, de probat. Couuar. in c. 1. de teſtam. nu. 21.*

Fundamentum legiſtarum eſt; quia aut monachus æquiparatur ſeruo, aut filiofam. Si ſeruo, non poterit monaſterium adire eo defuncto; quia nec dominus poteſt ſeruo mortuo adire, *l. 3. C. de hæred. inſtit.* Si filiofamil. idem reſpondendum; quia nec parenti licet hæreditatem adire filio mortuo, niſi infans exiſtat, *iuxta l. ſi infanti, C. de iure delib.*

Fundamentum Canoniſtarum eſt; quia monaſterium poteſt hæreditatem rectè adire abſque perſona monachi; quia monachi nulla ratio habetur, cùm omnem ſuam voluntatem & poteſtatem in monaſterium tranſtulerit.

Ego ad propoſitam quæſtionem ita reſpondendum puto, Aut monachus ignorauit ſibi delatam fuiſſe hæreditatem; aut vero ſciuit. Si ignorauit, tunc nihil monaſterio exiſtimo nocere, quod viuente monacho adita non fuerit. Nam licèt ex *l. Quoniã ſororem, C. de iure delib.* certum ſit, hoc in caſu hæreditatem non aditam ab eo, cui eſt delata, non tranſmitti ad hæredem, tamen nõ agitur hic de tranſmiſſione. Neque enim monaſterium petit hæreditatem, tanquam ad ſe tranſmiſſam ex perſona monachi defuncti, ſed eam petit, tanquam ſibi acquiſitam monacho viuente. Omnia enim iura monachi acquiruntur monaſterio, vt dictũ eſt in præcedentibus, & conſequenter etiam hæreditas delata monacho: Et ideo monaſterium non poteſt excludi à actione petitionis hæreditatis, niſi ſpatio temporis longiſſimi, *l. licet, C. de iure deliberand.* Si vero monachus ſciuit ſibi fuiſſe delatam hæreditatem, & antè aditionem anno nondum elapſo deceſſerit, tunc monaſterio annale tempus puto concedendum, *iuxta l. Cum antiquioribus, C. de iure deliber.* intra quod hæreditatem adire poſſit. Quod ſi illud tempus viuente monacho elapſum fuerit, & ſciente delatam eſſe hæreditatem, tunc ſi nihil factum ſit, ex quo adeundam hæreditatem manifeſtauerit, monaſterium excludendum cenſeo; ſaluo tamen ipſi monaſterio reſtitutionis in integrum auxilio, *iuxta c. 1. de reſt. in integ.* intra quadriennium, *iuxta c. 1. de in integrum reſtitut. libro ſexto.*

CAPVT XIX.

Si intra annum profeſſionis monach. decedat nullo condito teſtamento, ad quem pertineant eius bona, an ad monaſterium: an vero ad hæredes, qui ſunt proximiores.

MONASTERIVM ingreſſus ante factam profeſſionem moritur inteſtatus, controuerſia eſt, an bona eius ad legitimos hæredes, qui ſunt ab inteſtato proximiores, pertineant, an vero ad monaſterium. Abbas Panormitanus *in c. in præſentia, de probat.* dixit ad Monaſterium pertinere, ſi monachus expreſſe bona obtulit, ac dedicauit monaſterio. Cęterum, ſi non dedicauit, ad legitimos hæredes pertinere.

Fundamentum eſt, quando bona dedicauit, in cap. in præſentia, in illis verbis; [*Quare cum conſtet, quod idem M. his monaſterio veſtro obtulerit ſe, & ſua, nec ex aduerſo probetur, &c.*] Idem fere probatur in cap. vltim. de ſucceſſion. ab inteſtat. Quando vero bona non obtulit, fundamentum eſt, quia monachus religioſus cum effectu cenſeri non debet, antequam profeſſus religionem fuerit tacite vel expreſſe, *cap. Religioſo, de ſentent. excommunicat. lib. 6.* Ergo nulla eſt ratio, cur bona pertinere debeant ad monaſterium, & non potius ad legitimos hæredes. *Idem docuit Immolenſis in d. c. in præſentia, nu. 24. & Iaſon in Auth. Si qua mulier, ad finem. C. de ſacroſanct. Eccleſ.*

Contrarium docet poſt multos alios quos commemorat Decius *in d. c. in præſentia, numer. 73.* exiſtimans abſolutè bona defuncti monachi ad monaſterium pertinere, quia per ingreſſum videtur pure facta dedicatio perſonæ, & bonorum monaſterio, licet illa reſolui poſſit; ſi monachus diſceſſerit ex monaſterio. Huic ſententiæ videtur adſtipulari text. in Auth. ingreſſi, C. de ſacroſ. Eccleſ. [*Ingreſſi monaſterio, ipſo ingreſſu ſe ſuaq; dedicant. &c.*] Sed illud eſt accipiendum, facta profeſſione expreſſe vel tacite.

Mihi probatur diſtinctio Pariſij *in d. c. in præſentia, ſub num.* 188. vt ſi quidem ingreſſus monaſterium, animum habuerit abſolute mutandi vitam, idq; euidenter conſtet, vel profeſſus fuerit tacite vel expreſſe religionē, tunc ad monaſterium bona pertineant. Et idem dicendum puto, quando bona ſua monaſterio dedicauit. Cæterum, ſi nihil ex his interuenerit, ad hæredes proximiores bona ſpectare non dubito.

Nam quando facta eſt profeſſio, res eſt plana quod ſpectent ad Monaſterium, ſola legitima filijs reſeruata. *Auth. Si qua mulier, C. de ſacroſan. eccl.* Idē conſtat iuris eſſe, quando bona expreſſe dedicata ſunt Monaſterio, *ex c. in præſentia, de probat, & in c. vltim. de ſucceſſ. ab inteſt.*

Cùm vero agitur de eo, qui non eſt profeſſus: ſed tamen propoſuit abſolutè vitam mutare, vt ſub habitu Regulari omnipotenti Deo de cætero famuletur, res non eſt ita clare deciſa, ſed tamen ratio ſuadere videtur, idem ſtatuendum eſſe: quia is non poteſt amplius ad ſeculum redire, licet aliud monaſterium ingredi poſſit, *c. conſulti, de Regularibus, cap. ſtatuimus, eodem titul. c. non ſolum. c. conſtitutionem, §. Priuilegium, eodem tit. in 6.* Et ideo pro religioſo haberi debet, ac proinde idem de bonis ſuis eo caſu videtur ſtatuendum, ac ſi profeſſus fuiſſet. Nam hoc propoſitum etiam videtur ſimile eſſe aliquo modo profeſſioni in d. c. Priuilegium, de Regular. lib. 6. ibi. [*Aut conſtet, quod vitam voluerit abſolute mutare, vel profeſſionem expreſſā fecerit.*]

CAPVT XX.

Vtrum Eccleſia hæres teneatur Inuentarium conficere, vt legis beneficij frui poſſit, vt non teneatur vltra vires hæreditarias.

GRatis in controuerſiam hæc quæſtio reuocata eſt à Doctorib. noſtris, quoniam ſatis perſpicue à Iuſtiniano, cui locus nullus iuris Canonici aduerſatur, deciſa eſt, ita ſtatuente in ſua Nouella conſtitutione de hæredib. & Falcid. [*Eum obtinere, & in omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, ſiue ſacerdotali, ſiue Imperiali, ſiue alterius cuiuslibet.*] Et cum,

ſicut leges non dedignantur ſacros Canones imitari, ita & ſacrorum ſtatuta Canonum, Principum cõſtitutionibus adiuuentur, *c. 1. de operis noui nunciat.* dubitari non poteſt, quin Iuſtiniani conſtitutio, etiam ex Pontificio iure robur obtinere debeat. Atque ita recte docuerunt Gloſſ. *in cap. 1. de Teſtament, in verb. Patiaris.* quam eo in loco ſecuti ſunt Imola, Antonius Butrio, & Barbatia, Iaſon *ad l. vlt. §. vlt. C. de iure delibe. Alios refert eandem ſententiam amplexos Rolan. à Valle, de confectione Inuentarij, in 1. parte. §. Duodecimo, quaritur.*

Contrarium docuerunt Cardinalis & Abbas *in d. c. 1. de Teſtamentis. Bartol. in l. 1. nu. 46. C. de ſacroſan. Eccleſ. Bald. in d. l. vlt. C. de iure deliber. & ibid. Angelus in §. Si vero poſtquam. Ioan. Anania in c. in literis, de raptorib. Felin in c. De quarta, de præſcript. Caſtr. in Auth. Sicut. C. de ſacroſan. Eccl. Nouiſſime Lælius Zanchus de priuilegijs Eccl. priuil. 126. num. 4.*

Argumenta ſunt iſta: Primum, quia ius Ciuile obligare non poteſt Eccleſiam vltra vires hæreditatis, cum talis obligatio repugnare videatur iure naturali. Secundo, quia in hæredibus cæteris ideo conſtitutum eſt, vt teneantur vltra vires hæreditarias, ſi inuentarium non confecerint; quia præſumuntur aliquid ex hæreditate ſubtraxiſſe. Hæc autem ratio ceſſat in Eccl. Tertio, quia nihil poteſt Eccleſia accipere: ex quo oneretur vltra id, quod accipiat, *vt in Auth. ſicut. C. de ſacroſ. Eccl.* Poſtremo, quia ſic in fiſco videtur receptũ, vt inuentarium facere non teneatur, *l. 1. §. an bona. ff. de iure fiſci.*

Reſpondeo ad primum, ideo lege hac Ciuili etiam Eccleſiam obligari: quia iure Canonico recepta eſt, aut certe nõ improbata: *argumento textus in c. Raynaldus, de Teſtament. ibi, Cumq; inuentarium fecerit, &c.* Ad ſecundum multi negant cauſſam illam fuiſſe præcipuam, *vt Anch. conſ. 411.* Fuit enim potius impulſiua, vt noſtri Doctores loquuntur, & præcipua cauſſa, quia hæres adeundo hæreditatem abſque inuentario, videtur ſuſcipere onus ſoluendi, *vt declarat Aretin. in rub. ff. de acq. hered. in 2. col. verſ. Ergo oportet.* Ad tertium reſpondeo, text. qui adfertur, ad rem hanc noſtram non pertinere: neque enim loquitur de eo, quod ad Eccleſiam peruenit ex hæreditate, ſed ex alia particulari cauſſa: alioqui ſequeretur ad Eccleſiam hæredem non pertinere res ſteriles & inutiles, cum tamen hæres ſuccedat in vniuerſum ius. Verba ſic ſe habent: [*Sicut alienatio rerum Eccleſiæ interdicitur, ita prohibetur, neque ſterilis ei detur poſſeſſio, aut alioqui oneroſa, vel fiſcalium nomine vel onere.*] Vides, vt puto, Lector, ad rem noſtram non facere: & vt certior ſis, videas text. in §. Sicut. *Nouella, de non alien. reb. Eccleſ.* ex quo ſumpta eſt Auth. Iuſtiniani, vbi loquitur de eo, quod ex cauſſa donationis, aut venditionis, alteriuſve cõtractus Eccleſiæ datur: non autem loquitur de eo, quod ad Eccleſiam peruenit ex cauſſa hæreditatis: [*Interdicimus, inquit, rectoribus venerabilium domorum tale aliquid agere, quia ſi nõ cum omni ſubtilitate fecerint contractus, ſed ſterilis quædam poſſeſſio, aut damnoſa detur Eccleſiis, &c.*] Ad vltimum argumentum reſpondeo, negando fiſcum hæredem eſſe, cum ſuccedit in bona vacantia, ſicut loquitur textus qui in argumẽto adfertur, de quo, in cap. ſeq.

Alij hac vtuntur diſtinctione, vt Eccleſia vltra vires hæreditarias teneatur creditoribus, cum quibus videtur adeundo hæreditatem quaſi contrahere, non autem legatarijs: quæ in Eccleſia ceſſat præſumptio ſubtractionis bonorum, *ita Alex. & Corneus in l. vlt. §. C. de iure delib. Aret. in rubr. ff. de acqu. hared. quos videtur ſequi Couuar. in cap. 1. poſt. num. 14. de teſtam.*

Sed non mihi probatur hæc diſtinctio, quia hæres ex quaſi cõtractu tenetur etiam legatarijs, *vt in §. Heres, inſtitut. de obligat. qua ex quaſi contractu naſcuntur.* & ideo non eſt ratio differentiæ inter creditores, & legatarios. Et cum præſumptio illa ſubtractionis bonorum non fuerit præcipua cauſa legis, vt fatetur etiam ipſe Couuar. non eſt opus inquirere, an illa ratio ceſſet in Eccleſia, ſeu miniſtris eius. Etſi hæc ratio valeret, idem etiam, quantum ad creditores, reſpondendum eſſet, ac proinde etiam eo in caſu omnibus perpenſis diſtinctio illa conſiſtere nõ poſſet. Quare priorem ſententiam, quam initio

initio propoſui, nunc quoque in fine capitis amplector: Saluo tamen iure Eccleſiæ reſtitutionem petendi aduerſus omiſſam inuentarij confectionem.

Caput XXI.

Vtrum fiſcus teneatur inuentarium conficere, & eo non confecto, vltra vires hæreditarias.

NOn eſt dubitandum, quin fiſcus hęres teneatur inuentarium conficere, ſub pœnis poſitis à Iuſtiniano, *in Nouella de hæred. & Falcid.* Nimis enim diſerte ſtatuit, eam conſtitutionem obtinere, [*in omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, ſiue etiam imperiali.*] Et ideo nec fiſcum excluſiſſe videri poteſt, qui ſuam perſonam non excluſit. Quare non recte in dubium id reuocatū eſt à Doctoribus noſtris, *ad Rubr. ff. de acq. hæred. & à Rolando à Valle, de confectione inuentarij, in 1. part. §. Vndecimo quæro.* Cæterum non male imo vero iuri noſtro conuenienter reſponderunt, qui dixerunt fiſcum in bona ſuccedentem, vel ex delicto, vel propterea: quod ſint vacantia, & nullus hæres reperiatur, nō poſſe conueniri vltra vires bonorum. Nam præterquam quod fiſcus non eſt hæres, ſed poſſeſſor, illa ratio accedit euidentiſſima, quod cū id intelligatur ex bonis eſſe, quod deducto ære alieno ſupereſt. *l. Subſignatum. §. Bona. ff. de verbor. ſignif.* conſequenter dici non poteſt: ad fiſcum bona aliqua perueniſſe vacantia, niſi ea, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, quare ſi nil ſuperſit: nihil etiam bonorum ad fiſcum perueniſſe videri poteſt. Et ideo ſuperuacanea eſt quęſtio, an vltra vires bonorum fiſcus tunc obligari & conueniri poſſit. Et iſtud eſt quod dicit Calliſtratus in l. 1. §. An bona ff. de iure fiſci: [*An bona, inquit, quæ ſoluenda non ſunt, ipſo iure ad fiſcum pertineant, quæſitum eſt. Labeo ſcripſit etiam ea, quæ ſoluendo non ſunt, ipſo iure ad fiſcum pertinere, ſed contra ſententiam eius edictum perpetuum eſt, quod bona ita veneunt, ſi ex his fiſco nihil acquiri poſſit.*] Clarius Iabolenus l. 11. eod. tit. [*Non poſſunt vlla bona ad fiſcum peruenire, niſi quæ creditoribus ſuperfutura ſunt. Id enim bonorum cuiuſq; eſſe intelligitur, quod æri alieno ſupereſt.*]

Cæterum nouiſſime Marcus Antonius Peregrinus *de iuribus fiſci, lib. 4. tit. 1. num. 3.* reſpondit, fiſcum, etiam hæredem inſtitutum non teneri ad Inuentarij confectionem: Primo, quia verbum, perſonæ, quo Imperator vtitur in dicta Nouella, non comprehendit fiſcum, quia in materia ſtricta & præiudiciali appellatione perſonæ, non venit fiſcus, *ex Butrio in c. Graue, in 4. notab. de præben.* Sed reſponderi poteſt, vt maximè verum ſit, quod Butrius notauit, nihil tamen id ſuffragari poſſe, quia Imperator in d. Nouella ita dicit eam obtinere, [*in omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, ſiue ſacerdotali, ſiue Imperiali, ſiue alterius cuiuslibet.*] Hæc poſtrema verba, *ſiue alterius cuiuslibet*, ita generalia ſunt, vt neminem excludant, & ſanè mihi videtur valde improbabile, quòd fiſcus melioris ſit conditionis, quàm Imperator hæres ſcriptus. Secundo, mouetur Peregrinus ex d. l. 1. §. An bona. ff. de iure fiſci. animaduertiſſe ſe dicens, illum textum referri ad omnes caſus præcedentes, inter quos ille continetur, cùm Princeps fuit hęres inſtitutus. Reſpondeo, Calliſtratum in ea lege varias cauſſas retuliſſe, ex quibus nunciatio ad fiſcum fieri ſolet: & inter cæteras etiam illam, quando Princeps hæres inſtitutus eſt. Deinde propoſuiſſe quæſtionem illam, An bona, quæ ſoluendo nō ſunt, ipſo iure ad fiſcum pertineant. Hæc quæſtio conuenire poteſt illis in caſibus, in quibus bona vacantia fiſco deferuntur. Cæterum, eo in caſu in quo Princeps inſtitutus eſt hæres, congruere non poteſt. Nam aut is hæred. adiuit, aut non adiuit: Si hęreditatem adiuit, certum eſt, eum ſequi commoda & incommoda, *l. 1. ff. de bonorum poſſeſſione*, & conſequenter is tenetur creditoribus hæreditarijs ſatisfacere. Etſi Inuentarium non confecerit, tenebitur in ſolidum, licet bona ſoluendo non ſint, quia ſic ſtatuit ipſe Imperator *in d. Nouella de hæred. & Falcid.* dum ſtatuit eam habere locum in omni perſona etiam Imperiali, quod fatetur etiam ibi Peregrinus, eam conſtitutionem locum habere, cùm Imperator, vti pri-

priuatus ſucceſſit ab inteſtato, vel ex teſtamento. Igitur etiam id concedere debet, ſi ad hunc caſum referatur. §. An bona, quo videlicet Princeps hæres inſtitutus eſt, eum lege hac inuentarij nequaquam exemptum fore. Quo conceſſo, argumentum eius corruit.

Si verò Princeps hęreditatem non adierit, non poteſt in quæſtionem illud vocari, an bona, quæ ſoluendo non ſunt, ipſo iure ad fiſcum pertineant: neque enim ex titulo hæreditario pertinere poſſunt, cum Princeps hæreditatem repudiauerit. Requiritur enim hoc in caſu aditio, *vt declarat Bart. in d. §. An bona.* Quod ſi dicatur pertinere poſſe tanquam vacantia, quia nullus ſit hæres, quo caſu fiſco deferuntur: tunc ad fiſcum non pertinebunt, tanquam ad hæredem, de quo noſtra eſt diſputatio.

Non obſtat quod Peregrinus ſubdit, ſi hæc ſententia admittatur, fateri oportere fiſcum auferentem hæreditatem alicui tanquam indigno, teneri creditoribus vltra vires, quia hæreditatem capit, quod tamen à vero abeſt, *d. §. An bona:* nam reſponderi poteſt non hoc ſequi. Nam cum fiſcus hæres eſt ab inteſtato, vel ex teſtamento, bona poſſidet tanquam hæres, & ideo omnibus oneribus hæreditarijs obſtrictus eſt, quibus cæteri hæredes obſtricti ſunt: neque enim exemptus reperitur. Cæterum ſi alicui hęreditatem auferat tanquam indigno, nō dicetur hæres, ſed poſſeſſor, & tanquam poſſeſſor conueniri debet, licet bona vendicet cum ſuo onere, & eiſdem conditionibus parere debeat, quibus perſona, à qua ad illum peruenit, *iuxta l. in facto, §. Fiſcus. ff. de cond. & demonſtr.*

Capvt XXII.

Vtrum fiſcus ſuccedens in bona vacantia, teneatur legata & fideicommiſſa præſtare teſtamento, vel codicillis relicta.

Si nullo hærede exiſtente, qui hæreditatem adire velit, fiſcus ſuccedat tanquam in bona vacantia, controuerti ſolet, an teneatur legata & fideicommiſſa pręſtare ijs, quibus relicta ſunt in teſtamento defuncti. Et teneri reſponderunt Bald. *in l. Eam quam, C. de fideicommiſſ. numer. 5.* Salycet. *ad l. vnic. §. pen. numer. 39. C. de cad. tollend.* Argumenta hæc ſunt. Primum ex l. cum fiſco, ff. ad Sila. Caius: [*Cum fiſco caduca bona defuncti addicuntur propter inultam mortem, in eum legatorũ actio datur.*]

Secundum ex l. Recuſare. §. Si fiſco. ff. ad Trebellian. Vlpianus: [*Si fiſco vacantia bona deferantur, nec velit bona agnoſcere, & fideicommiſſario reſtituere: æquiſſimum erit, quaſi vendicauerit, ſic fiſcum reſtitutionem facere.*]

Tertium eſt ex l. dicitur, ff. de iure fiſci. Caius: [*Dicitur, ex aſſe hæreditatem ex Silaniano cum fiſcus vendicat, quod nec libertates, nec legata tueatur, quod aperte nullam habet rationem, cum ex quibuslibet alijs cauſis fiſco vendicatis hæreditatibus, & libertates, & legata maneant.*]

Quartum eſt ex d. l. vni. §. pen. C. de cad. toll. ibi, [*Tantum enim nobis supereſt clementiæ, quod ſcientes etiam fiſcum noſtrum, vltimũ ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.*] Vbi gloſſ. in verbo, pepercimus, rationem adfert, quia ſcilicet, bona ad fiſcũ tranſeunt cũ ſuo onere, adducit l. In facto. §. 1. ff. de cond. & demonſtr. vbi Paulus: [*Fiſcus eiſdem conditionibus parere debet, quibus perſona, à qua ad ipſum, quod relictum eſt, peruenit, ſicut etiam cum ſuo onere hoc ad ipſum vendicat.*] Idem probatur in l. Etiam. C. ad legem Falcid. Sed nullus locus eſt illuſtrior, quàm Iuliani, in l. Quidam teſtamento. §. Quoties, de leg. 1. [*Quoties, inquit, lege Iulia bona vacantia ad fiſcum pertinent, & legata & fideicommiſſa præſtantur, quæ præſtare cogeretur hæres à quo relicta erant.*]

Verum contrariam ſententiam amplexi ſunt alij non pauci, videlicet fiſcum non teneri ad legata præſtanda. *Ita docuerunt Ripa in l. ex facto, num. 6. ff. ad Trebell. Clarus §. fin. queſt. 78. verſic. Sed an teneatur fiſcus, nouiſſimè alios citans Marcus Antonius Peregrinus de iuribus fiſci, lib. 4. tit. 3. num. 26. Poſt per Farinacius Variarum quæſt. criminal. lib. 1. quæſt. 25. num. 186.*

Fundamentum eſt primo in generali regula: Si nemo hæreditatem adierit, nihil, quod in teſtamento ſcriptum eſt, debetur, *l. ſi nemo. ff. de teſtam. tut. l. ſi nemo. ff. de reg. iuris.*

Se-

Secundò in l. Quod diuo. ff. de manum. teſtam. vbi Papinianus: [*Quod diuo Marco, inquit, pro libertatibus conſeruandis placuit, locum habet irrito teſtamento facto, ſi bona ventura ſint: alioquin vacantibus fiſco vindicatis, non habere conſtitutionem locum, aperte cauetur.*]

Tertiò in l. 4. §. Eadem conſtitutio. ff. de fideicommiſſ. libert. in illis verbis:] *Eadem conſtitutio proſpexit, vt ſi fiſcus bona admiſerit, atque libertates competant. Ergo ſiue iaceant bona fiſco ſpernente, ſiue agnouerit, conſtitutio locum habet. Cæterùm ſi alia ratione agnoſcat, apparet ceſſare debere conſtitutionem: quare etſi caducis legibus bona delata ſint, idem erit probandum.*

Sic enim legendum, caducis legibus, non autem, caducis legionis, vel aliter, vt in aliquibus exemplaribus legitur, *ſicut rectè admonuit Cuiacius ad l.* 3. *C. de bonis vacantibus libro* 10.

Ad leges, quibus prior nititur ſententia, reſpondetur, eas loqui de fiſco auferente hæreditatem alteri, tanquam indigno: tunc enim tenetur eiſdem parere conditionibus quibus ille, à quo bona auferuntur, parere debebat: ſed hæc reſponſio non videtur eſſe idonea ad l. Quidam teſtamento. §. Quoties, de legat. 1. vbi textus loquitur de fiſco ſuccedente in bona vacantia ei delata ex lege Iulia. Nec ad l. Vnic. §. penultim. C. de caduc. tollend. qui locus videtur aduerſari l. 4. §. Eadem ff. de fideicommiſſ. libert. Et ſanè hæc res paulò abſtruſior mihi videtur. Prima fronte, illuc animus inclinabat, vt exiſtimarem, ſi nullus ex teſtamento hæres exiſtat, vel ab inteſtato, & idcircò ad fiſcum, tanquam vacantia bona pertineant, eum non teneri legata & fideicommiſſa præſtare. Nam ſi teſtamento relicta ſint, & ex eo non fuerit adita hæreditas, iuris regula eſt plana, legata nullius eſſe momenti, *l. ſi nemo. ff. de teſtament. tutela.* ſi verò relicta ſint in codicillis, idem reſpondendum videtur; quia nullus eſt hæres, & legata præſtari debent ab hærede. Eſt enim legatum, donatio à defuncto relicta, ab hærede præſtanda, §. *Legatum, Inſtitut. de legatis.*

Et ideo leges, quæ dicunt, fiſcum ad præſtanda legata, & fideicommiſſa teneri neceſſariò accipiendæ ſunt, quando ex teſtamento, vel ab inteſtato hæreditas eſt adita; tunc enim legata valent, & ideò licet fiſcus poſteà ſuccedat, auferendo hæredibus tanquam indignis hæreditatem & bona, tamen legata præſtare debet, & fideicommiſſa, propterea quod valent. Eſſet enim valde iniquum, vt culpa hæredum noceret legatarijs & fideicommiſſarijs, & ideò tunc bona pertinent ad fiſcum, & ab eo vendicantur cum ſuo onere.

Cæterùm, re penitus examinata, vt contrariam ſententiam amplectar, tria potiſſimum loca effecerunt. Primus locus eſt in d. l. Quidam teſtamento. §. Quoties de leg. 1. vbi verba ſunt ſatis clara, & generaliter præcipiunt legata præſtari à fiſco ſuccedēte in bona vacantia. Secundus locus eſt *in d. l. Dicitur. ff. de iure fiſci*, in illis verbis: [*Cum ex quibuslibet alijs cauſis fiſco vendicatis hæreditatibus, libertas, & legata maneant.*] Sunt hæc verba generalia, quæ ad vnum tantum caſum, quo videlicet hæreditas indigno ſit ablata, reſtringi non poſſunt ſalua ratione recti ſermonis. Tertius eſt in l. vna. C. de cad. toll. coniungendos §. pen. cum vltimo, ſic enim ait Imperator in d. §. penul. [*Si nulli ei ſint hæredes, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt* (hæreditatem) *tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur.* Deinde pergit, dicens, in §. vlt. *Tantum enim nobis ſupereſt clementia, quod ſcientes etiam fiſcum noſtrum, vltimum ad caducorum vendicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.*] Ex quibus verbis patet fiſcum ſuccedentem in bona vacantia, nullo hærede exiſtente, qui velit, vel poſſit hæreditatem capere, vel qui capiat, teneri ad legata præſtanda, ſicut hæres tenebatur, à quo relicta erant.

Non obſtat primum argumentum ex regula generali; Si nemo ex teſtamento hæreditatem adierit, quę in eo continentur, nullius momenti eſſe: quia non eſt abſurdum hanc regulam ſic interpretari, vt locum non habeat, quando bona ſic vacantia tranſeunt ad fiſcum: tunc enim, quia is loco hæredis habetur, meritò præſtare tenetur legata & fideicommiſſa.

Ad ſecundum & tertium argumentum notan-

notandum eſt, pro vera interpretatione ita olim reſcripſiſſe diuum Marcum, vt ſi ij, qui libertatem acceperunt à domino in teſtamento ex quo non aditur hæreditas, velint bona ſibi addici libertatum conſeruandarum gratia, audiantur, ſi idoneè creditoribus cauerent de ſolido, quod cuique debetur, ſoluendo; & ſic bona non vendantur: & tunc ſi fiſcus bona agnoſcere voluerit, tanquam ad ſe deuoluta, quia nullus ſit hæres, libertas nihilominus ſalua manet, perinde ac ſi ex teſtamento hæreditas fuerit adita. Ita clarè & prolixè declarat hoc reſcriptum Iuſtinianus *in Inſt. de eo cui libertatis cauſa bona addicuntur.*

Quod igitur attinet ad l. Quod diuo, & ad l. 4. §. eadem ff. de fideicommiſſ. lib. reſpondeo, non negari dictis legibus, libertatem teſtamento relictam locum habere, quando fiſcus accipit bona vacãtia, ſed negatur locum habere ex dicta conſtitutione ſiue reſcripto diui Marci. Sic enim loquitur text. in d. l. Quod diuo. illud diui Marci reſcriptum locum habere irrito teſtamento facto, ſi bona vænitura ſint: [*Cæterum vacantibus fiſco vindicatis, non haberę conſtitutionem locum apertè cauetur.* Et in d. l. 4. §. Eadẽ. *Cæterùm*, inquit, *ſi alia ratione agnoſcat, apparet ceſſare debere conſtitutionem.*] Itaque ceſſat eo in caſu conſtitutio diui Marci, quo bona in eo ſtatu non ſunt, vt addici poſſint libertatum ſeruandarum cauſa, ne vendantur: tunc enim fiſcus ea agnoſcens, libertatem impedire non poteſt.

Cæterùm ſi alia ratione & cauſa ad fiſcum ex caducarijs legibus pertineant, tunc non habet locum illa conſtitutio. Sed tamen non inde ſequitur libertates non deberi: Nam libertates quidem debentur, ſed non ex diui Marci conſtitutione, verùm ex alijs legibus, quibus cauetur ex quibuſcunque cauſis fiſco vendicatis hæreditatibus, libertates & legata manere. *l. dicitur ff. de iure fiſci.* Et eodem modo ſunt accipienda illa verba d. l. 4. [*Quare etſi caducis legibus bona delata ſint, idem erit probandum.*] Scilicet vt cõſtitutio locum non habeat, ſed tamen non negat textus libertates deberi, nec id negare poteſt, ne alijs legibus repugnet, quibus conſtitutum eſt, & libertates, & legata præſtanda.

Capvt XXIII.

An iure Canonico hæres non confecto inuentario teneatur vltra vires hæreditatis?

Ivre Canonico hæredem inuentarium non conficientem vltra vires hæreditarias creditoribus non teneri, docuerunt Baldus *ad l. cùm à matre, in fine, C. de rei vind. & in conſ. 145. ſuper primo puncto, n. 4. lib. 4.* Antonius Butrius *in c. an literis, de raptoribus, & in c. Rainaldus, in notab. de teſtam.* Petrus Ancharanus *in conſ. 411.* Argumenta nonnulla Ancharanus adfert, ſed ad eam facti ſpeciem pertinentia, ſupra qua ipſe reſpondit, hæredis videlicet ad vſuras reſtituendas obligari ex perſona defuncti, quem docet vltra vires hæreditarias non teneri ob multas cauſas, quæ huc non pertinent.

Fundamentum igitur aliud non inuenio huius ſententiæ; niſi quia ſecundùm naturalem rationem & æquitatem, quam ius Canonicum plerumque ſequitur, non tenetur hæres ex perſona defuncti vltra vires hæreditarias.

Sed valde infirmum mihi videtur hoc fundamentum. Nam iuſtis de cauſis iure Ciuili conſtitutum eſt hæredem non conficientem inuentarium in ſolidum teneri, etiam vltra vires hæreditarias, *vt patet ex Nouella Iuſtiniani de hæredibus & Falcid.* Nec iure Canonico contrarium eſt conſtitutum; quare illa naturali æquitate iuſtas ob cauſas valere iuſſa, iuri Ciuili inhærendum videtur, *argum. c. 1. & 2. de ope. noui nunc. Atq. ita docuerunt idem Baldus ſibi contrarius in l. vlt. C. de iure delib. col. 2. Abbas in c. Rainald. de teſta. Angel. & Alex. in Rub. ff. de acq. hæred. & multi alij, quos refert. & ſequitur Roland. de conf. inuentarij, vlt. part. §. Nunquid de iure Canonico, quos & ipſe ſequor in foro externo.*

Capvt XXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an vltra vires hæreditarias teneatur in foro conſcientia.

Non

NON mittimus falcem in alienam meſſem, quoniam & Canoniſtæ & Legiſtæ hanc quæſtionem tractant, ſitne hæres in foro conſcientiæ obligatus creditoribus & legatarijs vltra vires hæreditarias, ſi inuentarium non confecerit? Tres ſunt Doctorum ſententiæ: Vna teneri. Altera non teneri. Tertia, diſtinguendos eſſe creditores à legatarijs, & fideicommiſſarijs, & hæredem creditoribus quidem vltra vires hæreditarias teneri, legatarijs autem & fideicommiſſarijs nequaquam. *Vide Bartolum, Caſtrenſem, Iaſonem, Aretinum, & alios ad Rubr. ff. de acquir. hered. Ioan. Andr. & alios ad c. Quanquam, de vſuris, lib. 6. Federicum Senenſ. conſil. 21. Vaſquium de ſucceſſionum creatione, lib. 1. §. 2. num. 2. Couuarr. in c. 1. de teſtam. num. 16. & 17. Rolan. à Valle de confectione inuent. in vlt. parte, §. An in foro conſcientiæ, vbi multos alios citat, quibus addi poteſt Pierius in ſumma, in verb. hereditas, 3. in 5. quaſt.*

Fundamentum prioris ſententiæ illud eſt præcipuum; quoniam leges humanæ, ſi iuſtæ ſint, habent vim obligandi etiam in foro conſcientiæ à lege æterna, à qua deriuantur, ſecundùm illud Prouerb. 8. Per me Reges regnant, & legum conditores iuſta decernunt, vt declarat S. Thomas 1. 2. *q. 96. artic. 4.* ſed negari non poteſt, quin Iuſtiniani lex ſit iuſta, quæ hæredem inuentarium non conficientem obligat vltra vires hæreditarias. Ergo hæres tenetur vltra vires hæreditarias ad ſatisfaciendum creditoribus etiam in foro conſcientiæ.

Fundamentum autem eorum, qui negant hæredem obligatum eſſe vltra vires hæreditarias in foro conſcientiæ, illud eſt, quia Iuſtiniani lex, quæ ita hæredem obligat, ſi inuentarium non confecerit, videtur niti quadam præſumptione, quod ſcilicet, hæres qui inuentarium non confecerit, aliquid ex hæreditate ſubtraxerit, vt patet ex Nouella de hæred. & Falcid. §. Hinc nobis. ibi, [*Et non per ea quæ fortè ſurripiunt, aut malignantur, & cæt.*] Sed in foro conſcientiæ non eſt locus præſumptionibus, ſed veritati, quæ ſola ſpectatur, *cap. à nobis. 2. cap. inquiſitioni, de ſentent. excom.* Ergo ſi hæres nihil reuera ſubtraxerit ex bonis hæreditarijs, non videtur eſſe in foro conſcientiæ obligatus.

Tertiæ denique ſententiæ fundamentum eſt; quia, quod attinet ad creditores, hæres etiam Iuſtiniani lege tenebatur illis vltra vires hæreditatis ſatisfacere. *l. ſi te bonis. C. de iure deliber.* Et hoc ea ratione, quia adeundo hæreditatem videbitur ſuſcipere onus ſoluendi, quare etiam in foro conſcientiæ tenetur, cùm illa lex ſit iuſta. Cæterùm, quod attinet ad legatarios & fideicommiſſarios, vt hæres illis obligatus ſit vltra vires hæreditarias, noua Iuſtiniani conſtitutione introductum eſt, ea præſumptione innixa, quòd hæres inuentarium non conficiens, aliquid ſubtraxerit ex bonis hæreditarijs; quæ quidem præſumptio cùm in foro conſcientiæ non ſpectetur, ſed veritas præualeat, conſequitur, hæredem, qui nil ſubtraxerit, non fore obligatum in foro conſcientiæ, licèt inuentarium non confecerit.

Ego ſanè eorum ſententiam veriorem eſſe puto, qui ſimpliciter negant hæredem in foro conſcientiæ vltra vires hæreditarias teneri. Et moueor hoc argumento; Hæres in foro conſcientiæ non debet in plus teneri, quàm defunctus teneretur, ſed in tantùm, in quantum defunctus tenebatur. Eſt enim hæreditas ſucceſſio in vniuerſum ius, quod defunctus habuit, *l. Nihil aliud. ff. de verbor. ſignificat.* Et hæres dicitur defuncti perſonam repræſentare, §. 1. *in Authent. de iureiurand. à moriente præſtito.* & ex eius perſona dicitur obligari, *l. Ex qua perſona, de regulis iuris.*

Sed defunctus in foro conſcientiæ non tenebatur ad creditoribus ſoluendum vltra vires ſuas, quia nemo tenetur ad impoſſibile. *Sanctus Auguſtinus relatus in c. Si res. 16. quaſt. 6. Sanctus Thom. 2. 2. quaſt. 62. artic. vltim. in reſponſione ad primum argumentum Didac. Couuarr. alios citans in relectione c. peccatum, in 1. parte. num. 2. de reg. iur. lib. 6.* Ergo neque hæres in foro conſcientiæ obligatus erit.

Ad argumentum prioris ſententiæ, ſi amplectamur eorum ſententiam, qui exiſtimant legem Iuſtiniani fundatam eſſe in præſumptione illa; quòd hæres non con-

ficiens inuentarium aliquid ſubtraxerit, facilè reſponderi poteſt; Nimirum eiuſmodi legem quantumuis iuſtam in foro conſcientiæ non obligare, quoniam in eo foro veritas attenditur, & non præſumptio, *vt declarat Nauarr. in Manuali, cap. 17. numer. 283. Syluester in verbo Lex, quæſt. 9. & colligitur ex c. Is qui, & c. Tua, de ſponſalibus.*

Verùm, quia dubia eſt illa interpretatio, reſpondeo legem Iuſtiniani obligantem hæredem vltra vires hæreditarias eſſe quidem iuſtam in foro externo, quia hæres videtur quaſi contrahere cum creditoribus & legatarijs adeundo ipſam hæreditatem, atque adeò onus ſoluendi ſuſcipere in ſolidum ipſis creditoribus & legatarijs. Cæterùm in foro interiori animæ iuſtum non eſſe, vt hæres, qui nihil ex hæreditate ſubtraxit, in plus teneatur quàm defunctus; defunctus autem vltra ſuas vires non tenebatur. Et in foro conſcientiæ non habet locum illa fictio, ſiue præſumptio à lege inducta, quòd hæres adeundo hæreditatem videatur ſuſcipere onus ſoluendi in ſolidum omnia debita, etiam vltra vires hæreditarias. Hæc fictio lege quidem humana inducta eſt, ſed non diuina. Ergo in foro Cæſaris obligabit, non in foro Dei, ſi nihil reuerà hæres ſubtraxerit ex hæreditate.

CAPVT XXV.

Poſſitne teſtator inuentarij confectionem hæredi remittere in præiudicium legatariorum & fideicommiſſariorum.

INTER omnes conſtat, teſtatorem hæredi remittere non poſſe inuentarij confectionem in præiudicium creditorum: ſed an remittere poſſit in præiudicium legatariorum & fideicommiſſariorum, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim affirmant Paulus Caſtrenſis, Alexander & Aretinus *in l. nemo poteſt, de leg. 1. Idem Alexander in conſil. 51. lib. 6. num. 18. Decius in conſil. 418. Aymo. conſil. 174. & alij quos refert, & ſequitur Rolandus à Valle de confectione inuentarij, in vltima part. §. An Teſtator.*

Sed negant Baldus *in l. vltim. C. de arbit. tutela.* Caſtrenſis *in l. Cùm tale. §. 1. ff. de condit. & demonſtrat.* Iaſon *in l. nemo poteſt: in prima lect. ad finem, de leg. 1.* Ioan. Crotus *ibidem numer. 52. verſic. Secunda concluſio.* Ioannes Annibal *num. 406.* Procellinus *tract. de inuentario, cap. 1. num. 15.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia teſtator potuit legata & fideicommiſſa non relinquere, & relicta etiam adimere: ergo multò magis præiudicare ipſis legatarijs & fideicommiſſarijs remittendo hæredi confectionem inuentarij; Præſertim, quia fieri poteſt, vt ipſius teſtatoris inter ſit, aut hæredum eius, inuentarium bonorum ſuorum non fieri, ne patrimonium eius detegatur; quæ cauſſa eſt, vt etiam tutori remitti poſſit confectio inuentarij, *l. vltim. C. arbit. tutelæ.*

Poſterioris autem fundamentum eſt; quia hæc inuentarij confectio videtur eſſe iure publico introducta: [*vt viuentes relictis potiantur, & deficientes cum ſecuritate moriantur: ſcientes, quia lex etiam eis ſepultis miniſtrabit, & quæcunque illi diſpoſuerint, ad effectum ipſa perducet,*] vt inquit Iuſtinianus *in Nouella de hæred. & Falcidia, non procul à fine:* qua ratione etiam conſtat vſufructuario remitti non poſſe cautionem, quam ſecundùm leges præſtare debet, *l. 1. C. de vſufruct. l. Scire debetis. C. vt in poſſeſſ. legat.* Huc accedat, quod ſi remitti inuentarij confectio poſſet, occaſio daretur hæredi delinquendi, quia bona poſſet ſurripere, & occultare in fraudem legatorum & fideicommiſſorum.

Nec obſtat, quòd in poteſtate teſtatoris fuerit legata non relinquere; quia etiam in eiuſdem poteſtate eſt non legare vſumfructum, vel legare etiam proprietatem ſimul cum vſufructu; & tamen cautionem remittere vſufructuario non poteſt.

Addi poteſt ratio, quòd nemo poſſit facere, quin leges locum habeant in ſuo teſtamento, *l. nemo poteſt, de leg. 1.*

Ego ſanè in priorem ſententiam longè ſum procliuior, & pro eius confirmatione perpendo, hanc fuiſſe rationem conſtitutionis Iuſtiniani, quæ mandat inuentarium confici ab hærede, *vt viuentes relictis potiantur,* vt in ſumma voluntates defunctorum

execu-

executioni mandarentur. Id ipſe Iuſtinianus teſtatur *in d. l. Nouella de hæred. & Falcid. circa finem.* ibi: [*Hæc nos vti communiter omnibus profine hominibus ſcripſimus: quatenus & viuentes relictis potiantur, & deficientes cum ſecuritate moriantur, &c.*] Ergo ſi voluntates teſtatorum hoc fauore proſequi Imperator voluit, quo magis adimplerentur vt hæredes compelleret ad inuentarium conſcribendum ſub pœnis, de quibus in ea conſtitutione non videtur eſſe rationi conſonum, vt ea conſtitutio locum habeat contra voluntates defunctorum. Quod enim fauore alicuius conſtitutum eſt, non debet in eius odium retorqueri, *l. Quod fauore. C. de legib.* & quod ob certum effectum conſtitutum eſt, non debet contrarium operari.

Nec verum illud eſt, hæredibus occaſionem hinc dari delinquendi, quod teſtator inuentarium remittens confiſus eſt de hæredis integritate, & occaſio remota nimis eſt, & ideo non attendenda. Quamobrem in tutore locum non habet, *vt patet ex l. vlt. C. arbit. tutel.* Et olim apud veteres, quibus inuentarium Iuſtiniani cognitum non erat hæredis, nulla vnquam habita eſt ratio huiuſmodi occaſionis & ſuſpicionis.

Et ſanè ego ſic ſtatuo, Iuſtinianum ad eam legem condendam motum non fuiſſe, eam præcipuè ob cauſam, vt huiuſmodi occaſionem hæredibus auferret occultandi res hæreditarias; ſed vt eiſdem conſuleret, ne amplius hærerent circa deliberationem, an vellent adire, vel repudiare hæreditatem. Ita ſcilicet, vt inuentario confecto, ab omni periculo liberi eſſent, ſicut ipſe Iuſtinianus teſtatur *in l. vlt. C. de iure deliber.* quanquam iuſta fuit ratio auferendi legis beneficium, & obligandi vltra vires hæreditarias eos, qui legem contemnendam putauerint, *vt in d. Nouella, de hæredibus & falcidia prolixe habetur.*

Capvt XXVI.

Legatum obſcurum, an in fauorem Eccleſiæ, ſeu piæ cauſæ latius ſit interpretandum.

Semper in obſcuris, quod minimum eſt, ſequimur *l. ſemper de reg. iur.* Et ideo in legato, quod minimum eſt, debetur, ſi obſcura ſit, teſtantis voluntas, *l. numinis, de leg. 3.* Sed controuerſia eſt; an & in legatis ad pias cauſas idem ſit iuris. Negant enim multi, & multi affirmant, vt videre licet ex Tiraquello de priuilegijs piæ cauſæ, 25. *Priuilegio. vbi Authores citat copiosè quibus adde Cagnol. ad l. Semper in obſcuris, de reg. iur. Couarr. in c. Indicante, num. 4. de teſtam. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 106. num. 3.*

Omnis difficultas poſita eſt in l. Titia, §. *Seia. ff. de auro & argent. legat.* quam Doctores tam pro affirmante, quàm pro negante ſententia perpendunt. Eius verba hæc ſunt: [*Seia teſtamento ita cauit. Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipſa faciam Sin autem, ab hæredibus meis fieri volo, iubeoque ſignum Dei ex liberis centum in illa ſacra æde, & in patria ſtatui, cum ſubſcriptione nominis mei: quæſitum eſt, cùm in illo templo non niſi ærea, aut argentea ſint dona, hæredes Seiæ, vtrum ex auro an argento ſignum ponere compellendi ſint, an æreum? Reſpondi, ſecundùm ea, quæ proponerentur, argenteum ponendum.*]

Igitur qui affirmant etiam in legatis pijs id, quod minus eſt ſequendum, ita legunt textum: [*Quæſitum eſt, cùm in illo templo, non niſi aurea, aut argentea ſint dona.*] Et quoniam Iuriſconſultus reſpondit argenteum ponendum, inde argumentatur, quod minus eſt deberi. Si enim quod maius eſt, deberetur, aureum præſtandum eſſet.

Qui verò contrarium docent, ita legendum putant: [*Cùm in illo templo non niſi ærea aut argentea ſint dona, &c.*] Et ideo inferunt, quod maius eſt deberi; quia Scæuola reſpondit, argenteum ponendum, quod eſt maius, quàm æreum.

Ego non libenter repugno eorum ſententiæ, qui piæ cauſæ fauent, ſed tamen ſi licet, quod probabilius videtur ingenuè fateri, exiſtimo potiùs legendum *aurea, aut argentea,* quàm *ærea, aut argentea;* quia text. dicit quæſitum eſſe; Vtrum *hæredes ex auro, an argenteo ſignum ponere compellendi ſint.* Hæc quæſt. non fuiſſet proponenda, ſi in templo non fuiſſent etiam aurea dona. Nam ſi ærea tantùm, vel argentea fuiſſent, quæſtio erat proponenda, an ex ære vel argento hæredes ponere compellendi eſſent.

Et licèt Iuriſconſultus quæratetiam, an æreum eſſet ponendum, non tamen id ſuffragatur contrariæ ſententiæ; quia licèt in templo eſſent dona tantum aurea, vel argentea, quæri tamen potuit, an æreum eſſet ponendum; quia teſtatrix non expreſſerat quale ſignum Dei, id eſt, ex qua materia ponendum eſſet. Et ideo in dubio dicendum videbatur, ſufficere, ſi æreum poneretur ex centum libris à teſtatrice expreſſis. Contrarium tamen deciditur, nempè æreum non eſſe ponendum. Ratio eſt, quia in eo templo dona erant duntaxat aurea, vel argentea, & ideò videtur fuiſſe teſtatricis voluntas, vt ſecundùm ipſius templi conditionem ſignum poneretur, ſcilicet vel ex auro, vel ex argento. Et quia res erat obſcura, id quod minus hæredes grauabat eligendum erat, atque ideò ad ponendum argenteum compellendi. Hæc mea eſt coniectura, cui tamen piæ cauſæ commodum, & fauores haud grauatè præfero, ſimul & Florentini Codicis authoritatem.

Capvt XXVII.

An heres conueniri poſſit in rem actione intra tempus, quo inuentarium conficitur.

Sic Iuſtinianus ſtatuit: [*Donec tamen inuentarium conſcribitur, &c. nulla erit licentia, neque creditoribus, neque legatarijs, vel fideicommiſſarijs eos vel inquietare, vel ad iudicium reuocare, vel res hæreditarias, quaſi ex hypothecarum authoritate vindicare, ſed ſit hoc ſpatium ipſo iure pro deliberatione hæredibus conceſſum.*] l. vlt. §. Donec. C. de iure delib.

Hanc legem ſic Doctores magis communiter interpretati ſunt, vt hæres non poſſit à creditoribus, vel legatarijs, aut fideicommiſſarijs conueniri; ſed tanquam poſſeſſor conueniri poſſit actioni in rem propoſita per eum, qui ſe dominum eſſe alicuius rei quam defunctus in hæreditate reliquerit, contendat; eamque iure dominij vindicet. Nam ad hunc caſum verba legis non pertinent. *Vide Alexandrum in comment. dict. §. Donec. & poſt eum Rolandum à Valle de confect. inuentarij, in 4. parte, §. Quarta eſt vtilitas.*

Sed mihi iuſtior interpretatio videtur Cyni & Alberici, qui dixerunt generaliter conueniri non poſſe hæredem, etiam ab ijs, qui nec creditores ſunt, nec legatarij, nec fideicommiſſarij. Nam ſi hæres moleſtari non poteſt à creditoribus & legatarijs, qui actionem habent tam certam, tantoque fauore dignam, cur ab alijs poſſet? Expendamus cauſam huius priuilegij quod hæredi eſt conceſſum, dum inuentarium conſcribitur: [*Sed ſit hoc ſpatium* (inquit Imperator) *ipſo iure pro deliberatione hæredibus conceſſum.*] Conſequenter moleſtari & conueniri non poteſt hæres intra illud tempus; non tanquam hæres, & hoc certum, & expreſſum eſt in textu; ſed nec tanquam poſſeſſor; quia non dicitur poſſeſſor, niſi ſit hæres. Neque enim intelligi poteſt alio, quàm hæredis titulo is poſſidere, qui hæreditate ſibi delata inuentarium conficit. Quare, ſi non habetur pro hærede intra tempus conſtitutum ad inuentarium conficiendum, ſequitur; vt nec pro poſſeſſore intra idem illud tempus haberi poſſit.

Denique ad rationem legis reſpiciamus. Aliqua enim procuidubio ratio Imperatorem induxit ad inducias illas hæredibus concedendas: & illa profectò (neque enim alia facilè occurret) quia hæredes occupati ſunt eo tempore in inuentari conſcribendo, quod ſanè opus requirit diligentiam, laborem, & fidem: citandi & vocandi ſunt legatarij, creditores, res inſpiciendæ, & obſeruandæ, tabellarijs præſentibus. Itaque viſum eſt æquum, vt interea hæredes non poſſint inquietari. Hæc ratio legis etiam ad hunc caſum pertinet, de quo noſtra eſt diſputatio: quare, etſi verba legis non inſeruiant, fauet tamen ratio legis: quod ſufficit.

Capvt XXVIII.

Heres qui ſimpliciter adiuit hereditatem, nulla facta proteſtatione de inuentario conficiendo, Vtrum beneficijs eiuſdem poſtea confecti perfruatur?

Angelus *ad d. l. 1. §. Hac ſtipulatio. ff. ſi cui plus quam per leg. Falc.* circa inuentarium docuit

docuit hæredis proteſtationem, antequam is hæreditatem adeat, neceſſariam eſſe, qua ſcilicet declaret velle ſe inuentarium conficere, & eius beneficiis vti: quod ſi ſimpliciter, ac pure hæreditatem adierit, nulla proteſtatione facta, non profuturam ei confectionem inuentarij. Motus eſt in hanc ſententiam ex l. vlt. C. de iure delib. in illis verbis: [*Cum igitur hæreditas ad quendam, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato ſit delata, ſiue ex aſſe, ſiue ex parte: ſiquidem recta via adire maluerit hæreditatem, & ſpe certiſſima hoc fecerit, vel ſeſe immiſcuerit, vt non poſtea eam repudiet: nullo indiget inuentario, cum omnibus creditoribus ſuppoſitus eſt, vtpote hæreditate ei ex ſua voluntate infixa.*]

Sed hanc ſententiam merito poſteriores interpretes repudiarunt, vt conſtat ex Rolando *de confectione inuentarij, in 4. parte*, §. *Beneficium inuentarij*, quia non alia eſt ſententia Imperatoris, quam hæredi ſic adeunti neceſſarium non eſſe inuentarium, cum ſcilicet ſpe certiſſima hoc fecit, quod lucroſa ſit hæreditas, & nullo ſit opus inuentario, vt indicant illa verba: [*Nullo indiget inuentario, &c.*] Et illa verba, [*ſpe certiſſima hoc fecerit*,] Quibus verbis non negat Imperator, hæredi competere beneficia inuentarij, ſi illud conficeret, ſed negat opus eſſe inuentario, & ſignificat hæredem poſſe illud omittere, ſi velit, ſicut enim hæreditatem repudiare eum poſſe, qui ſimili modo non titubante animo eam reſpuendam, vel abſtinendam crediderit, vt ſtatim Imperator ſubdit: Quod ſi hæres ſimpliciter agnouerit hæreditatem, & forſan dubius, an ſit vtilis, vel damnoſa futura, inuentarium poſtea conficere voluerit non dubium eſt, quin ei profuturum ſit inuentarium. Sic enim ſubiungit Iuſtinia. [*Sin autem dubius eſt, vtrumne admittenda ſit necne defuncti hæreditas: non putet ſibi neceſſariam eſſe deliberationem, ſed adeat hæreditatem, vel ſeſe immiſceat: omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur, &c.*]

Ex quibus omnibus apparet, tres conſtitui caſus ab Imperatore. Primus eſt eius hæredis, qui certiſſima ſpe adductus, hæreditatem agnoſcit, & inuentarium propterea negligit, & hunc dicit non indigere inuentario, & obligatum eſſe creditoribus omnibus ſimpliciter. Secundus caſus eſt hæredis, qui deliberauit hæreditatem non adire, eamq; repudiauit, & hunc dicit alienum eſſe ab hæreditate, ſiue damnoſa, ſiue lucroſa ſit. Tertius eſt illius, qui vult quidem hæreditatem adire, ſed non ita certus eſt de eius viribus, quin fortaſſe eam ſibi repudiandam iudicet, & hunc dicit adire poſſe, ac ſeſe immiſcere, deinde inuentarium facere oportere intra conſtitutum tempus. Nullam Imperator à tali hærede proteſtationem requirit, antequam hæreditatem agnoſcat, ſed ait ſimpliciter, & abſolute, [*adeat hæreditatem, vel ſeſe immiſceat, omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur.*] Hæc paulo fuſius explicaui, quoniam etſi omnes ab Angelo recedant, pauci tamen hanc rem ediſſerunt. Tunc autem arbitramur nos aliquid ſcire, cum cauſam cognouerimus, & fundamentum rei.

CAPVT XXIX.

Hæres, qui fecit inuentarium, an detrahere poſſit ſumptus factos in litigando pro defendenda hæreditate?

SEd & contraria eſt, ſi hæres, qui inuentarium confecit, ſumptus fecerit pro defendenda hæreditate, quam alius ſibi vindicabat in iudicio, poſſitne eos detrahere? variæ ſunt Doctorum ſententiæ.

Prima eſt, non poſſe, *ita docuit Baldus in l. vlt. § in computatione, C. de iure delib. quem videtur ſequi Paulus Caſtrenſis in commentariis eiuſdē loci*: & fundamentum eſt, quia non dicitur hæres hoc in caſu ſumptus feciſſe pro hæreditate, ſed pro ſua vtilitate, vt ſcilicet hæreditatē obtineret. Et ideo non debet eiuſmodi ſumptus detrahere, ſicut non detrahit ſumptus, quos alioqui pro ſua neceſſitate feciſſet domi, *vt in l. Sed etſi lege. § Quod autem. ff. de petit. hæred.*

Secunda eſt ſententia Angeli, quem ſecutus eſt Alexander in eodem loco, ſumptus detrahi poſſe ab hærede, quos fecit

in litigando, ſi obtinuit. Fundamentum eſt, quia videntur fieri hæreditatis gratia, vt ſcilicet illum habeat in dominum, quem defunctus voluit, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, *iuxta l. conſiciuntur, ff. de iure codicill.*

Adducitur pro confirmatione, quod habetur in c. Vt prætéritæ, de electio. & in l. Iam tamen. §. In hac ſtipulatione, ff. iud. ſolui.

Tertia eſt ſententia Cornei, *in commentariis eiuſdem loci.* ſi hæres expenſas fecit occaſione hæreditatis, quas non repeteret ab alio: puta in confectione inuentarij, in inſtrumento ipſius teſtamenti, & ſimilibus, ſine quibus ſe defendere non poſſet, tunc eas detrahere poſſit, & in eo caſu locum habeat Angeli ſententia: in aliis vero ſententia Baldi.

Quarta eſt ſententia Iaſonis, *in d. §. in cõputatione.* ſi hæreditas ſoluendo non ſit, expenſas iſtas poſſe detrahi: & videtur eſſe eadem cum ſententia Angeli.

Animaduerto Angeli ſententiam magis communiter receptam eſſe, vt intelligi poteſt ex Æmiliano *in conſ. 15.* Rolando à Valle *de confectione inuentarij, in 4. part. §. Quid de expenſis.* & Marzario *de fideicommiſſis, in vlt. par. Epitom. q. 67.* Et omnibus mature conſideratis, veriorem quoque iudico argumento text. in d. l. vlt. § in computatione, C. de iure delib. vbi Iuſtinianus ita ſcribit: [*In computatione autem patrimonij, damus ei,* (ſcilicet hæredi) *licentiam excipere, & retinere quicquid in funus expendit, vel in teſtamento inſinuationem, vel inuentarij confectionem, vel in alias neceſſarias cauſas hæreditarias approbauerit ſe perſoluiſſe.*] illa verba, [*vel in alias neceſſarias cauſas,*] videntur dirimere quæſtionem iſtam. Nam negari non poteſt, quin hæc ſit cauſa neceſſaria, cum hæreditas defenditur aduerſus eos, qui eam iniuſte vendicare ac auferre conantur lite mota: quare communiorem hanc ſententiam & ipſe probo.

Capvt XXX.

Hæres, qui confecit inuentarium, an damnum ſentiat ex interitu rerum hæreditariarum.

CErtum eſt damna, quæ ex rerum interitu poſt teſtatoris mortem acciderint, ad hæredem pertinere, non autem ad legatarios, niſi ſpecies, id eſt, certa corpora relicta ſint, quæ abſque mora hæredis perierint, *vt in l. ratione. 30. § diligenter. ff. ad leg. Falcid.* Cæterum eſt controuerſia, an idem iuris ſit in eo hærede, qui inuentarium confecit. Et negat Bartolus idem iuris eſſe *tam in d. § diligenter, quam in l. vltim. §. Et ſi præfatam, C. de iure delib. quem ſecuti ſunt Alex. poſt alios, quos citat in d. §. diligenter, nec non Iaſ. & Corneus in d. § Et ſi præfatam, dum loquuntur de ſexta inuentarij ſucceſſione.*

Fundamentum eſt, quia hæres, qui confecit inuentarium, debet, eſſe ſine damno, *vt in d. § Et ſi præfatam.* Deinde; quia hæres eſt debitor quantitatis reſpectu certæ ſpeciei, id eſt, propter res hæreditarias, & earum reſpectu. Debitor autem quantitatis reſpectu certæ ſpeciei, interitu ipſius ſpeciei ante moram liberatur, *vt notant omnes in l. Quod te, ff. ſi certum petatur, & dixi libro 2. Controuerſiarum iuris, c. 71. in prima parte.*

Cæterum, Caſtr. *in d. § Et ſi præfatam.* cõtrarium docuit, nimirum periculum & damnum interitus rerum pertinere ad hæredem: quoties poſt aditam hæreditatẽ contigit. Sequitur eandem ſententiam Ripa *in l. 1. § Si is qui quadringenta. n. 9. ff. ad leg. Falcid.* & Rolan. à Valle, *de Confectione inuentarij, in 4. par. § Sexta eſt vtilitas.*

Fundamentum eſt, quia poſt aditam hæreditatem, ſi illa ſit ſoluendo, hæres dicitur obligatus eſſe in ſolidum legatarijs, & conſequenter rerum interitu non liberatur, *l. Incendium, C. ſi certum petatur.* Huc accedat, quod olim hæres etiam nullo inuentario confecto, non tenebatur legatarijs vltra vires hæreditatis, *l. 1. § Si is qui quadringenta, ff. ad leg. Falcid.* & tamen periculum interitus ad eum, non autem ad legatarios ſpectabat, *vt habetur in d. l. in ratione. § diligenter. ff. ad leg. Falcid.*

Prior ſententia mihi magis probatur: quia quod hæres inuentarium conficiens, nullum damnum ſubire debeat, certum & exploratum eſt, ex d. l. vltim. § Et ſi præfatam, & ex Nouella de hæredib. & Falcid. §,

Hinc

Hinc nobis ibi, [*Homines excepimus ex damno rerum ſuarum, &c.*] Quod autem, vt dicebat Paulus Caſtrenſis, in ſolidum hæres teneatur poſt aditam hæreditatem, quando eſt ſoluendo, valde incertum eſt: nam etſi hæres tunc legata ſoluere teneatur, & debita defuncti, tamé dicit textus in d. §. Etſi pręfatam: [*Eis ſatisfaciant* (hęredes) *ex hæreditate defuncti, vel ex ipſis rebus, vel earum forſitan vẽditione.*] Ex quibus verbis indicatur, hæredibus licere res hæreditarias, aut vendere, aut in ſolutum dare creditoribus & legatarijs, & conſequenter hęredes non eſſe aſtrictos, & ſimpliciter obligatos ad ſoluendum ex ſua ipſorum ſubſtantia, & bonis: Quare, ſi ipſe res hæreditariæ non extent, videntur hæredes liberari ab onere ſoluendi: & ſic fundamentum Pauli Caſtr. non ſubſiſtit.

Quod vero Caſtrenſ. vrgebat, olim quoque vltra vires hęreditarias obligatos hæredes non fuiſſe ad ſatisfaciendum legatarijs, & tamen damnum ex interitu ad eos pertinuiſſe, non deterret nos ab hac ſententia: quoniam ea comparatio non eſt idonea, quę fit inter hęredem reſpectu legatariorũ, ſecundum ius antiquum, & hæredem, qui inuentarium cõficit, ſecundum ius nouum: propterea quod hæres, qui facit inuentarium ex lege Iuſtiniani plura commoda, & beneficia conſecutus eſt, etiam reſpectu legatariorum, quam ille, qui antiquo iure legatarijs in ſolidum non tenebatur. Nam ex ſua ſubſtantia non tenetur legata ſoluere, ſed ex rebus hæreditarijs: item poteſt ſoluere legatarijs & creditoribus, qui prius venerint, & ſuas actiones ſaluas habet, & omnino nullum damnum ſentire debet, & nihil ex ſua ſubſtantia amittere, *vt in d. §. Etſi præfatam. & reliquis §§. d. l. vlt. C. de iure delib.*

Et cum toties dicatur, hæredem nullum damnum, nullum periculum ſubiturum, ſi inuentarium confecerit, non videtur ea ſententia ſatis conſentanea menti Iuſtiniani, quæ iacturam iſtam ex rerum interitu ad eum pertinere docet.

Non obſtat, quod nonnulli obijciunt commoda ex alluuione, vel fœtu animalium, aut aliunde venientia pertinere ad hæredem iſtum, qui inuentarium conficit. Id enim nemo negauerit, & conſequenter etiam incommoda pertinere debere, *l. Secundum naturam, de regulis iuris.* Nam reſpondetur, id voluiſſe Iuſtinianum, vt hæres inuentarium conficiens ſecundum formam ab eo præſcriptam, nullum damnum ſentiret, ſed non prohibuit, quin lucrum faceret: immo voluit eum lucrari, vt patet ex legis Falcidiæ beneficio, *vt in d. §. Etſi præfatam.* & ex alijs multis commodis, quæ habet hęres: ex quo manifeſtum eſt, non recte inferri poſſe: lucrum ſentire poteſt, ergo & damnum pati: quia ſæpenumero accidere poteſt, vt hæreditas lucroſa ſit, Iuſtiniano id nequaquam impediente: nunquam vero veſit damnoſa: eodem ab omni damno hęredes eximẽte, æquiſſima ſane & laudatiſſima ſua conſtitutione.

Caput XXXI.

Si hæres Inuentarium confecerit, an illud proſit fideicommiſſario cui reſtituit hæreditatem?

INuentarij ab hærede confecti beneficium non tranſire in fideicommiſſarium, cui reſtituta eſt hæreditas abſque ceſſione, Bartolus exiſtimauit *in l. In ratione. §. Quod vulgo, numer. 9. ff. ad legem Falcid.* Motus ex l. Si hæres pecuniam, ff. ad Trebellianum. & l. Hæres à debitore, ff. de fideiuſſoribus, quibus legibus probatur, actionem ex hæredis facto quæſitam, in fideicommiſſarium non tranſire. Alij contrarium docent ex l. Sicut. §. 1. Quibus modis pignus vel hypothec. ſolu. vbi probatur, exceptionem pacti, quod hæredi creditor fecit, fideicommiſſario, cui reſtitura eſt hæreditas ex Trebelliano Senatuſconſulto prodeſſe, *vt late adductis autoritatibus deducit Rolandus à Valle, de Confectione Inuentarij, parte 4. §. Quod ſi hæres.*

Ego ſubſcribo poſteriori huic ſentent. quia hæc non eſt actio: nec except. pacto,

vel

vel ſtipulatione ab hærede quæſita: ſed exceptio, quæ hæredi competit inuentarium conficienti ex iuris diſpoſitione, vt ſcilicet vltra vires hæreditarias non teneatur, *l. vltim. §. ſed etſi præfatam. C. de iure delib.* Ex hoc enim ſequitur, eam fideicommiſſario quoque prodeſſe. Nam in fideicommiſſariam reſtituta hæreditate actiones tranſeunt, quæ in hæredem antea competebant, *l. 1. ff. ad Trebell.* At in hæredem in ſolidum non competunt, ſed pro viribus hæreditatis, ſi inuentarium fecerit: ergo eodem modo competunt aduerſus fideicommiſſarium.

Capvt XXXII.

Si emptor ſit hæres venditoris: & inuentarium conficiat, & res euicta ſit, an imponenda ratione bonorum hæreditatis habeatur ratio dupli euictionis nomine promiſſi, vel tantum ſimpli?

Existimo ſimplum imputandum eſſe, nō duplum, autoritate l. Cum emptor. ff. ad legem Falcidiam. Paulus: [*Cum emptor venditori vel contra, hæres extitit, euicto homine, vtrum duplum in æs alienum deducere, vel computare debeat, an ſimplum: duplum enim eſſet, ſi alius hæres extitiſſet. Et benignius eſt, eodem hærede exiſtente, ſimplum ei imputari.*] Atque ita recte docet Bart. *in commentariis illius legis, & accedit text. in l. ſi ei. §. 1. ff. de Euictio.*

Verum Cynus contrarium docuit *in l. vltim. §. in computatione, C. de iure deliber.* nempe duplum imputandum eſſe: quia hæres inuentarium conficiens non amittit actiones, quas contra defunctum habet. Habet autem hoc in caſu actionem ad duplum, euictionis nomine promiſſum. Et quod attinet ad dictam l. Cum emptor, reſpondet illam non loqui de hærede inuentariũ conficiente. Eo enim tempore lex Iuſtiniani de inuentario conficiendo non erat lata.

Sed non placet hæc ſententia: quia licet tempore Pauli non eſſet lata lex de inuentario conficiendo: erat tamen ita conſtitutum, vt in imponenda legis Falcidiæ ratione [*omne æs alienum deduceretur, etiam id, quod ipſi hæredi mortis tempore deberetur, quamuis hæreditatis aditione confuſæ ſint actiones.*] l. in imponenda, C. ad leg. Falcid. Et ſic, quantum ad hunc effectum rationis ineundæ bonorum, ita hęredis actiones ſunt ſaluæ, quemadmodum inuentario confecto: quo ad alios omnes iuris effectus, ſaluæ ſunt hæredi ex dicto §. in computatione, & tamen Iuriſconſultus reſpondit, ſummo iure poſthabito, quod ſuadet duplum imputare, benignius eſſe, ſimplum imputari hoc in caſu.

Angelus *in dict. l. Cum emptor.* diſtinguit: aut euictio rei emptæ ſecutæ eſt ante aditam hæreditatem ab emptore, aut poſt aditam hæreditatem. Priore in caſu imputandum eſt duplum: quia emptori ius quæſitũ erat ad duplum ante aditam hæreditatem, quod ius debet illi inuentarium conficienti ſaluum eſſe, *ex d. l. vlt. §. in computatione.* Poſteriori caſu ſecus, odio pœnæ.

Sed primo diſtinctionis membro obſtat primo, quod d. l. Cum emptor. loquitur expreſſe, quando euictio accidit poſt aditam hæreditatem. Deinde, quod non habetur ratio, vtrum ius ad duplum petẽdum quæſitum emptori ſit: etſi enim quæſitum ſit: tamen æquitas præualet, & facit, vt ſimplũ tãtum imputetur. Tertio; quoniam etiam ſi euictio poſt hæreditatem aditam contingat: tamen ius ad duplum hæredi quæſitum eſt, & ideo ſecundum iuris rigorem, duplum eſſet imputandum: ſed tamen contrarium Paulus reſpondit, in conflictu rigoris & æquitatis, æquitatem ſecutus potius, quam rigorem.

Et hæc eſt cauſſa, cur Angeli diſtinctionem, quam plerique ſunt ſecuti apud Rolandum *de confectione inuentarij in 4. part. §. Pone Titius.* ego non amplectar. Hoc enim mihi propoſitum eſt, leges legumq; rationes ſectari, iuſtitiæq; & æquitatis rationes, poſthabita nonnunquam communiori ſententia interpretum doctiſſimorum.

Capvt

CAPVT XXXIII.

Vtrum hæres, qui inuentarium non confecit, deducere poſſit id, quod ſibi à defuncto debebatur aduerſus eum, cui ex Trebelliano reſtituit hæreditatem.

HÆc eſt maximi momenti controuerſia; ergo non parum accuratè tractanda & explicanda. Hæres grauatus per fideicommiſſum hæreditatem alteri reſtituere; [illegible], ſi non confecerit inuentarium, actiones, quæ illi competunt aduerſus defunctum, amittat; an verò ſaluæ ei maneant, vt proinde hæreditatem fideicommiſſario reſtituendo deducere & petere poſſit, vel retinere id, quod ſibi debetur. Nam ſi inuentarium confecerit, explorati iuris eſt, actiones non confundi, *ex l. vlt. §. in computatione, C. de iure delib.*

Communis eſt ſententia non confundi actiones hoc in caſu; & ideò hæredem poſſe, quod ſibi debetur, retinere; vel deducere, aut etiam petere. *Ita docuit Baldus in l. debitori, C. de pactis. Paulus Caſtrenſis in l. ita tamen. §. Si ex Trebellian. ff. ad Trebellianum. & ibidem etiam Alexand. & ita ſæpè reſpondit idem Caſtr. & Alexand. Socin ſenior & iunior, & plurimi alij, quos adducit Roland. à Valle de confectione inuentarij, part. 4. §. Pone hæres. Adde Crauettam in conſil. 144. num. 7.*

Contrarium docuerunt Imol. *in l. ab omnibus. §. vlt. de leg. 1. & in l. debitor. ff. ad Trebell.* & Ruin. *in conſil. 99. num. 4. lib. 2.*

Videamus argumenta. Communis ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex l. Debitor. ff. ad Trebellianum. vbi patet, actionem pignoratitiam ſaluam manere hæredi debitoris, licèt inuentarium non confecerit; non enim id requirit ibi Iuriſconſultus.

Secundum eſt ex l. in imponenda, & l. irritum, C. ad legem Falcidiam. vbi patet, in imponenda ratione legis Falcidiæ aduerſus legatarios deducendum eſſe quod hæredi debetur; Ergo & idem videtur eſſe ſtatuendum aduerſus fideicommiſſarios.

Tertium eſt ex iuris ratione. Nam ſicut olim hæres abſque inuentario in ſolidum legatarijs non tenebatur; quia poterat Falcidiam deducere: ita nunc non tenetur fideicommiſſario vltra vires hæreditarias; imò Trebellianicam deducere poteſt; neque enim eius detractio prohibita videtur, etiam hodierno iure, licèt inuentarium non fuerit confectum, ſecundùm veriorem & communiorem ſententiam.

Quartum eſt argumentum; quia hæres per fideicommiſſum reſtituere hæreditatem rogatus, non intelligitur grauatus reſtituere, niſi id, quod eſt in hæreditate; & ideò non tenetur vltra vires hæreditarias, nec fideicommiſſo propria hæredis bona continentur, *vt conſtat ex l. cohæredi, §. cùm filia. ff. de vulg. & pupill.*

Nec obſtat text. à contrario ſenſu *in l. vltim. §. in computatione, C. de iure deliber.* quia argumentum, quod ſumi poteſt, actiones confundi, inuentario non confecto, locum habere poteſt contra legatarios inſpecto nouiſſimo iure, & contra creditores nouo & antiquo iure, ſed non contra fideicommiſſarium: quia nec olim, nec hodie tenetur hæres fideicommiſſario vltra vires hæreditatis.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ poſitum eſt in d. l. vlt. §. in computat. C. de iure deliber. à contrario ſenſu, quia dum ibi dicitur actiones non confundi hærede inuentariũ conficiente argumentũ eſt confundi, ſi inuentarium hæres non conficiat. Et eſt regula generalis: ſi creditor debitori ſuccedat, quòd actiones confundantur, quia non poteſt idem eſſe debitor & creditor. *l. debitori, C. de pact.* Hæc alij.

Nunc quid ipſe ſententiam, paucis explicabo. Ego puto, ſi actio aduerſus defunctum competens ſit realis puta pignoratitia, ſiue hypothecaria, vel rei vindicatio, ſimiliſve, illam non confundi, licèt hæres inuentarium non confecerit; Cæterùm, ſi perſonalis ſit actio, non dubito, quin confundatur. Pro huius ſententiæ confirmatione adfero textum in l. debitor. ff. ad Trebell. Papinianus: [*Debitor ſub pignore, creditorem hæredem inſtituit, eumquè rogauit reſti-*

tuere hereditatem filiæ ſuæ, id eſt, teſtatoris: cùm nollet adire vt ſuſpectam, coactus iuſſu prætoris adijt & reſtituit: cum emptorem pignoris non inueniret, deſiderabat permitti ſibi iure dominij id poſſidere: Reſpondi, aditione hæreditatis, confuſa quidem obligatio eſt. Videamus autem ne & pignus liberatum ſit, ſublata naturali obligatione. At quin ſiue poſſidet creditor actor, idemque heres rem, ſiue non poſſidet: videamus de effectu rei, etſi poſſidet, nulla actione à fideicommiſſario conueniri poteſt, neque pigneratitia, quoniam hæreditaria eſt actio: neque fideicommiſſum quaſi minus reſtituerit, rectè petetur, quod eueniret, ſi nullum pignus interceßiſſet: poßidet enim eam rem quaſi creditor: Sed etſi fideicommiſſarius rem retineat, & hic Seruiana actio tenebit: verum eſt enim non eſſe ſolutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cùm amiſſa eſt actio propter exceptionem. Igitur non tantùm retentio, ſed etiam petitio pignoris nomine competit, & ſolutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.]

Hic vides illa verba poſtrema: [*Remanet ergo naturalis obligatio propter pignus.*] Quæ ſignificant propter alia obligationem eſſe confuſam, ſed remanere propter pignus: quod & ſuperiora verba indicant, illa ſcilicet: [*Reſpondi, aditione hæreditatis obligatio quidem confuſa eſt.*] Confuſione igitur tollitur perſonalis obligatio, non realis: & ratio eſt, vt inquit Iacobus Cuiacius *ad Africanum, tractatu 9.* quia confuſio perſonarum non mutat cauſam rerum, l. Cùm quis. §. vltim. ff. de ſolut. ibi, [*Quamuis ex fideiuſſoria cauſa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.*]

Dices valde iniquum videri, ſi hæres rogatus ſit hæreditatem reſtituere, quod ſibi debetur, deducere non poſſit, præſertim verò ſi coactus adierit hæreditatem, vt in illa ſpecie d. l. Debitor. Reſpondeo, iniquum non eſſe; quià primò inuentarium facere poterit, & actiones erunt ſaluæ: Secundò, quia ſi non coactus adijt hæreditatem, detrahere poteſt quartam partem ex Trebelliano. Tertiò, quia cogi non poteſt adire, niſi quidquid ſua intereſt, & omne damnum & lucrum à fideicommiſſario ſarciatur, *vt in l. Apud Iulianum, ff. ad Trebellianum.* & ſic etiam id, quod ſibi debetur, petere poteſt, ex hæreditate deduci: Si ergo non petierit id deduci, ſibi imputare debebit.

Ex hac autem noſtra concluſione perſpicuum eſt, rectè reſpondiſſe eos, qui dixerũt, deduci ab hærede poſſe aduerſus fideicommiſſarium, bona ipſi hæredi debita ex cauſa fideicommiſſi; Item bona dotalia ſiue dotes. Nam conſtat, bona ex fideicommiſſo debita vindicari poſſe eueniente conditione, *l. penult. §. Sin autem, C. commun. de leg.* & pro dote actio hypothecaria competit, *l. vnic. C. de rei vxor. act.* quare eiuſmodi actiones tanquam reales, hæreditatis aditione non confunduntur.

Cęterùm actiones merè perſonales confunduntur, vt dictum eſt, niſi hęres coactus adire, cautione in id, quòd intereſt, petita ſibi proſpexerit.

Huic concluſioni non obſtant argumenta communioris ſententiæ. Nam quod attinet ad dictam l. Debitor. iam reſponſum eſt, & ſatis clarè demonſtratum, niſi fallor, ea lege, perſonalem obligationem confundi hæreditatis aditione, non autem realem.

Quod verò attinet ad l. in imponenda, & ad l. irritum, C. ad legem Falcid. nihil aliud dicunt, niſi in ponenda ratione legis Falcidiæ, deductionem, & computationem fieri eius, quod defunctus hæredi debuit, & contra: hoc ideò, quia initur ratio omnium bonorum, quæ mortis tempore fuerunt. perinde atque ſi ea bona, quæ tunc fuerunt, nunc quoque eſſent, nec vlla confuſio ſuperueniſſet, ex aditione hæreditatis. Mortis autem tempore fuit æs alienum, vel nomina debitorum, quæ propterea vel in bonis numerantur, vel ex eis deducuntur.

Ad tertium argumentum reſpondeo, hæredem non teneri fideicommiſſario vltra vires hæreditatis, id concedo; ſed non inde rectè infertur, eum deducere poſſe id, quod ſibi debetur. Nam remedium habet, quo ſuæ indemnitati proſpiciat, licet actio perſonalis confundatur, vel ex deductione Trebellianici quadrantis, vel ſi coactus adierit, vt curet ſibi ab ipſo fidei-

com-

commiſſario caueri, quod nullum damnum patiatur, *iuxta l. apud Iulianum, ff. ad Trebellianum.* & conſequenter, vt quod ſibi debetur, ſoluatur, aut deduci ex hæreditate permittatur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, in fideicommiſſo non contineri hæredis grauati iura, & bona: & ſic etiam nos dicimus, reales actiones & iura in rem non confundi: ſed confunduntur tamen perſonales actiones, niſi vel inuentarium ſit confectum, & curet hæres ſe non aliter ad eandam hæreditatem cogi, quàm ſi omne damnum & lucrum ſibi à fideicommiſſario refundatur.

Capvt XXXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an in ſolidum teneatur, ad præſtandum legatum alimentorum.

Alimenta iudicis arbitrio taxanda, & moderanda, vt ſecundùm perſonæ dignitatem & patrimonij quantitatem, regionisque conſuetudinem ea decernat, & ex alijs cauſarum circumſtantijs, in confeſſo eſt apud omnes, *vt per Menochium de Arbitrar. Iudicum, caſu* 169. Iam verò facti ſpecies hæc proponitur, Teſtator alimenta legauit, hæres inſtitutus inuentarium non confecit, legatarius ea petit ſibi præſtari abſolutè, ac in ſolidum: Hæres excipit facultates eſſe exiguas, & ſecundùm illarum modum eſſe præſtanda, quæritur quid iuris? Reſpondet Baldus *in l. Voluntatis, C. de fideicommiſſis.* præſtanda eſſe arbitrio iudicis ſecundùm quantitatem, & vires patrimonij, & hæreditatis. *Sequitur Aret. in rubr. ff. de acquirend. hæred. colum. 3. verſic. Vnde Alexander ibidem in fin. Vitalis in tractat. de Clauſulis. tit. Nil nouari inuentarij confectione pendente: numer. 56. verſic. Quintus caſus.*

Fundamentum eſt; quia hæc eſt legitima interpretatio legati alimentorum, ad quam teſtator reſpexiſſe intelligitur. Nec inuentarij omiſſio obſtare poteſt, quia hæres inuentarium conficiens, non tenetur ad plus præſtandum, quàm legati qualitas expoſcat.

Cæterùm, hæredem inuentarium non conficientem in ſolidum teneri ad alimenta legatario præſtanda, Iaſon exiſtimauit, *in l. vlt. §. Etſi præfatam, in 4. limit. C. de iure deliber. Natta in conſil. 387. num. 9. Cotta in Memorial. in verſ. Inuentarij confectio. Addentes ad Matheſilan. ſing. 157. num. 6. & alij, quos refert & ſequitur Rolandus à Valle de confectione inuentarij, in vlt. part. §. Quid ſi teſtator.*

Fundamentum eſt; quia hæres inuentarium non conficiens, in ſolidum tenetur creditoribus, & legatarijs, *vt in d. §. Etſi præfatam. & in Nouella de hæredibus & Falcid. §. Si verò non fecerit.* quia præſumitur ſubtraxiſſe res hæreditarias; Ergo in ſolidum præſtare debet alimenta; quia hæreditas præſumitur eſſe ſufficiens pro alimentis à teſtatore relictis.

Ego in poſteriorem hanc ſententiam facilè deſcenderem, ſi verum eſſet illud, quod in argumento adfertur, nimirum hæredem inuentarium non conficientem, præſumi ſubtraxiſſe res hæreditarias; ſed vereor, vt verum ſit: Nemo enim præſumitur delinquere, *l. Meritò, ff. pro ſocio.* Nec Iuſtinianus *in d. Nouella de hæredibus & Falcid.* hoc dixit, hæredem videlicet præſumi aliquid ex rebus hæreditarijs ſubtraxiſſe, ſed dixit: [*Nec per ea quæ fortè ſubtraxerunt, inducere tentent Falcidiam.*

Itaque, ſi hæres velit Falcidiam deducere eo nomine, quòd legata dodrantem hæreditatis excedant, id vetat Imperator hæredi exprobrans culpam, cur non fecerit inuentarium? Poſſet enim fieri, vt hæres bona aliqua ſubtraheret: deinde diceret, bona non eſſe ſufficientia, nec remanere ſibi Falcidiam. Ad occurrendum huic fraudi non quidem à legumlatore præſumptæ, ſed ne committatur, verenti ac timenti mandat inuentarium confici. Sicut, exempli cauſa: ne circa teſtamenta fraudes committantur, lex multa introduxit ſolennia, & numerum teſtium, & alia; non tamen rectè quis dixerit teſtamentum conditum, non adhibitis tot ſolennibus, ſtatim falſum præſumi. Nullum quidem erit, ſed non falſum ſtatim præſumitur. Itaque hæres, qui inuentarium non confecit, in ſoli-

d im quidem tenetur creditoribus & legatarij, ſed non tenetur niſi ſecundùm legati qualitatem & naturam. Et ideò in propoſita ſpecie concludo priorem ſententiam probabiliorem videri; Et tanto magis, ſi hæres, qui non confecit inuentarium, paratus eſſet probare, non alia in bonis hæreditatis relicta eſſe à teſtatore, quàm ea, quæ ipſe fatetur & indicat: Tunc enim valdè iniquum eſſet illum condemnare in ſolidum ad præſtanda legatario alimenta, non habita ratione rerum hæreditatis, quæ verè conſtat fuiſſe tempore mortis teſtatoris, atque ita ſentio.

Capvt XXXV.

Si filius patria poteſtate aliter, quam per emancipationem liberetur, puta per dignitatem Epiſcopalem, vel Patriciatus honorem, vel per matrimonium contractum, vbi ex conſuetudine, vel ſtatuto. Ciuitatis liberatus eſſe intelligitur à patria poteſtate, an pater vſumfructum amittat bonorum aduentitiorum & maternorum.

OMISSO nunc inuentario hæredis, de quo ſat multa diximus, ad patremfamilias reuertamur. Filius liberatur patris poteſtate per Patritiatus honorem, vel Epiſcopalem dignitatem. §. *Filiusfamil. in Inſtit. Quib. mod. ius patria poteſtat. ſol. Auth. Sed Epiſcopalis, C. de Epiſcop. aud.* Multis etiam in Ciuitatibus conſuetudo, vel ſtatutum extat, per Matrimonium ab ipſo filiofamil. contractum, patriam ſolui poteſtatem; Quæritur an pater vſumfructum amittat quem habet in bonis aduentitijs, & maternis, iuxta legem primam, C. de bonis matet nis. *l. Cùm oportet, C. de bonis, quæ liberis.* Videntur mihi pugnantes Doctorum ſententiæ. Nam multi dixerunt, patrem non amittere vſumfructum, licèt filius patria poteſtate liberetur propter dignitatem, vel Epiſcopalem; vel Patritiatus honorem, vel aliam qualitatem, *vt videre licet ex Aſcanio Clèmente de patria poteſtate, cap. 6. effectu 2. num. 23.* Rurſus multi affirmarunt, patrem vſumfructum amittere, ſi filius patris poteſtate liberetur per Matrimonium contractum, *vt intelligi poteſt ex Boërio, deciſ. 177. numer. 6. 7. & 8. Domino meo Cephalo in conſil. 423. numer. 54. lib. 3. Ioan. Schneidevuin. ad tit. de patria poteſtate, numer. 47. & ibi etiam VVeſembecius, & de conſuetudine Luſitaniæ. Pinello ad leg. 1. C. de bonis matern. in 1. part. num. 39.*

Fundamentum prioris ſententiæ eſt in l. vltim. C. ad Tertyll. & in l. 3. C. de vſufruct. quibus legibus probatur, ceſſante patria poteſtate per mortem filij, non ceſſare vſumfructum patri quæſitum: & ratio illa adfertur, quia ceſſante cauſſa non ceſſat effectus, quando iam eſt conſummatus & perfectus, *l. vltim. ff. vnde liber. Bartol. in l. 2. §. vltim. ff. de donatio.* Sed hic effectus eſt conſummatus; quia patri ius quæſitum eſt, ergo licèt ceſſet patria poteſtas, non debet amitti.

Iſtis non obſtantibus, poſteriorem ſententiam longè probabiliorem eſſe iudico, & moueor; quia id videtur eſſe legibus noſtris conſentaneum, & rationi quoque, vt filius ſui iuris effectus, integro iure bona ſua obtineat, nec eorum vſufructu careat, cùm pro patrefamil. habeatur. Id probatur primò, ex l. Cùm oportet. §. Cùm autem, C. de bonis, quæ liberis. Ex qua lege ita argumentari licet: Si pater non amitteret vſumfructum iam acquiſitum filio eius poteſtate liberato, nulla ratio adferri poſſet, cur, ſi per emancipationem filius eius poteſtate liberetur, vſumfructum omnium bonorum pater non retineret; Neque enim minus iuris pater habet in bonis filij eum emancipando, quàm ſi aliter, quàm per emancipationem patria poteſtas tollatur: imò plus iuris habet, ſiquidem in præmium emancipationis dimidiam partem habet vſusfructus, *vt in d. §. Cùm autem:* Cùm igitur per emancipationem factam pater vſumfructum non retineat, ſed illum duntaxat dimidiam; quam in præmium habet emancipationis; inde argumentum ſumi poteſt fortiſſimum, nullum vſumfructum patrem retinere ſoluta patria poteſtate aliter, quàm per emancipationem: tunc enim nullum præmium patri debetur, quia ipſe non eſt cauſſa, vt

tollatur patria poteſtas, ſed filius liberatur patria poteſtate legis beneficio.

Secundo, nam certum eſt vſumfructum patri deberi ratione patriæ poteſtatis, *l. Cum oportet. C. de bonis, quæ liber.* ibi: [*Eorum vſusfructus apud patrem, vel auum, vel proauum, quorum in ſacris ſit conſtitutus, permaneat.*] Et quod ad bona materna attinet, illud eſt certiſſimũ; quia dos materna ad filios ſpectat, tanquam hæredes matris, *l. Vna. §. Illa proculdubio. C. de rei vxor. act.* & ideo pater nihil iuris habere poteſt, niſi ex pactis nuptialibus, vt ibi dicitur, vel ex ſtatutis lucrum dotis ipſi deferatur, alioqui iis ceſſantibus nullum ius habet, niſi quoad vſumfructum, & id ratione patriæ poteſtatis: Eſt enim neceſſe, vt inde illud ius oriatur, cum aliunde non poſſit oriri, & ſubrogatum eſt in locum plenæ acquiſitionis, quæ olim patri deferebatur, bonorum filij, *vt in §. Igitur liberi noſtri, in Inſtit. Per quas perſonas nobis acquiritur.*

Denique, ſi pater vſumfructum retineret in bonis filij, quia iam ſui iuris effectus eſt, non liceret filio ea bona obligare, vel alienare ſine patris conſenſu, *argum. l. vlt. §. Filiis autem familias. C. de bonis, quæ libe.* Quod tamen eſt abſurdum, cum filius ſit dominus, & ſui iuris iam effectus, & pro patrefa. habeatur, & contrahentes quodammodo deciperentur, qui nullum patris conſenſum exigerent.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. Nam quod ad l. vlt. C. *ad Tertyll.* attinet, & ſimiles, quibus dicitur, mortuo filio patrem nihilominus retinere vſumfructum, reſpondeo, illam facti ſpeciem longe differre ab hac noſtra, quando ſcilicet filius viuit, & ſui iuris effectus eſt: tunc enim rationi conuenit, vt ipſe ſua bona poſſideat, & eis vtatur, ac fruatur, non pater, ex cuius ſacris ſolutus iam eſt. At cum mortuus eſt filius, tunc nihil obſtare poteſt patri ſuperuiuenti, quo minus vſumfructum bonorum filij aduentitiorum retineat in dies vitæ ſuæ.

Quod vero dicebatur, ceſſante cauſſa non ceſſare effectum, qui iam conſummatus & perfectus eſt, vt maxime verum ſit, (eſt autem generale brocardicum) non poteſt ad ſpecimen hanc noſtram accommodari: quoniam, ſi locum in quæſtione noſtras haberet, ſequeretur patrem vſumfructum acquiſitum ex patria poteſtate non amittere, licet filium emanciparet: quia videlicet effectus acquiſitionis erat iam perfectus, & conſummatus, quod tamen eſt falſum, & contra l. Cum oportet. §. *Cum autem. C. de bonis, quæ lib.* vbi datur tantum patri dimidia in præmium emancipationis ipſius vſusfructus.

Capvt XXXVI.

Hæreditatis diuiſio, an peti poſſit poſt longiſſimum tempus.

Cohæredes in cõmunione manſerunt triginta annis, poſtea vnus alterũ ad diuiſionem prouocat hæreditatis, vtrum ſit audiendus? Negauit ſemper Accurſius exiſtimans longiſſimi huius temporis ſpacio actionem familiæ herciſcundæ tolli, *in l. 1. §. Nemo, in verb. Commu. diuidundo. C. de annali except. & in l. 1. verſi. Cohæredibus. ff. Famil. herciſc. & alibi, Accurſium ſecuti ſunt Iacob. Butrig. Baldus & Angel. in d. §. Nemo. & alij nonnulli ex antiquioribus, quos commemorat Iaſon in §. Quædam, nu. 28. in Inſt. de action.*

Fundamentum vero eſt *in d. §. Nemo.* vbi Imperator ita dicit: [*Nemo itaq; audeat, neque actionem familiæ herciſcundæ, neque cõmuni diuidundo, neq; finium regundorum, neq; pro ſocio, neque furti, neq; vi bonorum raptorum, neq; alterius cuiuſcunque perſonalis actionis vitam longiorem eſſe XXX. annis interpretari.*]

Nec obſtat, ſi dicatur, neminem inuitum in communione retineri poſſe, *l. vlt. C. commun. diuid.* Item, ſi conueniat, ne omnino à diuiſione diſcedatur, huiuſmodi pactum nullas vires habere, *l. in hoc Iudicium, §. Si conueniat. ff. Commu. diui.* Ergo, nec vires habere temporis præſcriptionem, quia reſpondetur in aliquibus caſibus eſſe conſtitutum, vt quis inuitus in communione retineatur, *vt in l. vlt. ff. de alien. iud. mutan. cauſa fact. & in l. Pupillorum. ff. de rebus eorum, qui ſub tuto.* & conſequenter idem, & in propoſito

 caſu

caſu conſtituendum videtur propter longiſſimum tempus. Et licet illud pactum nõ valeat, non tamen ſequitur præſcriptionem non valere.

Cæterum affirmarunt diuiſionem peti poſſe, non obſtante longiſſimi temporis lapſu in ſpecie facti ſupra dicta: magis communiter Doctores, quos ſequor, *Bartol. in d. §. Nemo. & ibidem Cynus. Baldus ſibi non conſtans in l. vlt. C. fin. regund. Iaſon alios adducens in d. §. Quædam, n. 31. in Inſtit. de actio. & ibidem Zaſius n. 10. Quorum fundamentum eſt in d. l. vlt. C. Cõmun. diuid. vbi nemo inuitus cogitur in communione permanere.*

Ad textum *in d. l. 1. §. Nemo. C. de annali except.* reſpõdent familiæ herciſcundæ actionem vitam longiorem 30. annis non habere, [*Ex quo ab initio competit, & ſemel nata eſt,*] vt inquit ibi Imperator. Sed actio iſta non oritur, niſi ex voluntate cohæredum, qui videlicet diuidere volunt hæreditatem: & ex eo tempore competit, quo alter alterum ad diuiſionem prouocauit. Verum donec communiter, ac pro indiuiſo bona poſſident, nõ oritur actio iſta: quare nec lapſus triginta annorum ex eo tempore, quo in communione cohæredes bona poſſident, inducere poteſt præſcriptionem & actionem extinguere: ſed requiritur lapſus triginta annorum ex eo tempore, quo cohæredum alter diuidere voluit, & alterum ad diuiſionem prouocauit.

Hanc reſponſionem Accurſius nõ ignorauit, & ideo ſemper eam confutauit, dicens; Actionem famil. herciſc. oriri ex quaſi contractu, *vt in §. Item ſi inter aliquos, in Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contra.* non autem ex voluntate hæredum.

Et reuera non eſt bona reſponſio. Nam Familiæ herciſcundæ actio oritur ex legibus XII. tabularum. Namque cohæredibus volentibus à communione diſcedere, neceſſarium videbatur aliquam actionem conſtitui, qua inter eos res hæreditariæ diſtribuerentur, *l. 1. ff. Familiæ herciſcundæ.* Et ſine dubio competit ex eo tempore, quo hæreditas eſt adita. Nam hæc actio eſt mixta in rem & in perſonam, *vt in §. Quædam, in Inſtitut. de actio.* In rem dicitur, reſpectu portionis hæreditatis, quæ ad ipſum cohæredem pertinet: quia cohæres vendicat dominium rei ſuæ, ſcilicet, hæreditatis portionem ad ſe pertinentem. In perſonam autem dicitur, reſpectu portionis alterius cohæredis. Etenim in diuiſione fienda hæreditatis, neceſſe eſt alteri cohæredum attribui pro diuiſo, atque alterius cohæredis erat pro indiuiſo: quod tamen viciſſim debitum eſſe dicitur cohæredibus, & ideo inde oritur actio in perſonam, & etiam ex perſonalibus præſtationibus, *vt in l. Item Labeo, 23. §. Familiæ. ff. Famil. herciſc. ibi: Conſtat ex duobus, id eſt, rebus & præſtationibus, quæ ſunt perſonales actiones.*

Ad argumentum igitur, quod ſumitur ex d. §. Nemo. reſpondetur, illum textum ita eſſe accipiendum, vt actio Familiæ herciſc. non habeat longiorem vitam XXX. annis, quando ſcilicet cohæres, cui illa competit, non eſt in poſſeſſione bonorum pro indiuiſo, ſed aduerſarius eius, ſcilicet cohæres, omnia bona poſſidet hæreditatis: tunc enim poſt elapſos XXX. annos excluditur talis cohæres, qui tanto tempore non prouocauit ad diuiſionem, nec ſuam hæreditatis portionem vindicauit. Exemplum: Titius & Caius cohæredes exiſtunt Sempronij defuncti. Titius ſolus hæreditatem totam poſſidet, Caius id patitur, nec interpellat eum prouocando ad diuiſionem: labitur tempus longiſſimum XXX. annorum: Poſtea ad diuiſionem illum prouocat. Non poteſt, quia actio Familiæ herciſcundę ex longiſſimi temporis lapſu ſublata eſt, quare merito excluditur. Hæc eſt ſententia d. §. Nemo.

Et ratio eſt manifeſta: quia ſine poſſeſſione non procedit vſucapio, *ſ. ſine poſſeſſione, de reg. iur. lib. 6.* Ergo, ſi Titius non poſſideat vniuerſa bona hæreditaria, non poterit ea vſucapere, ſeu pręſcribere longiſſimo tempore. Et hoc eſt illud, in quo lapſus eſt Accurſij memoria, nam cum videret perſonales actiones tolli ſpacio XXX. annorum & actionem Familiæ herciſcundæ perſonalem eſſe, non eſt recordatus etiam realem eſſe: & licet actio in rem tollatur præſcriptione longiſſimi temporis, non tamen

men

men in propoſita facti ſpecie tolli poſſe: quandoquidem ambo cohæredes præſupponuntur in cōmunione manſiſſe; & ideo ambos poſſediſſe pro indiuiſo res hęreditarias: conſequenter locum eſſe non poſſe præſcriptioni in fauorem eius, qui non poſſidet, & in præiudicium eius qui poſſidet, & ideo neceſſe non habet bona vindicare: nec ſi maneat in communione, & pro indiuiſo poſſideat, dici poteſt negligens: ideo enim nō petit, quia & ipſe ſuam habet portionem. Non petit autem diuiſionem, quia libenter in cōmunione manet ſciens, quandocunq; voluerit, ſibi licere alterum cohęredem ad diuiſionem prouocare, *iuxta l. vlt. C. Commun. diuid.*

Caput XXXVII.

Tractatur controuerſia inter Legiſtas & Canoniſtas circa diuiſionem hæreditatis, an illa ſic inſtituenda ſit, vt maior diuidat ex fratribus & minor eligat?

CAnoniſtæ docent, ita hæreditatis diuiſionem inter fratres exequendam eſſe vt maior diuidat, minor eligat, authoritate text. *in c. 1. de Parochiis*, in illis verbis. [*Ita vt ille diuidat, qui amplius temporis in Epiſcopatu habet, & minor eligat.*] Item teſtimonio S. Auguſtini *de ciuitate Dei, lib. 16. cap. 20* ita dicentis: [*Hinc fortaſſis effecta eſt inter homines pacifica conſuetudo, vt quādo terrenorū aliquid partiendum eſt, maior diuidat, minor eligat.*] Locutus eſt autem ibi S. Auguſtinus de diuiſione Loth & Abrahæ fratrum, & verba Abrahæ, qui erat ſenior, recenſuit, dicentis ad Loth: [*Si tu in ſiniſtram, ego in dextram vel ſi tu in dextram, ego in ſiniſtram.*] quod quidem teſtimonium S. Doctoris munitum autoritate veteris, vel noui Teſtamenti; Canoniſtæ dicunt præferendum eſſe cuicunq; conſtitutioni, *vt per gloſſ. in c. De libellis, 20. diſtinct. & habetur apud Gratianum 36. quæſtione 2. c. Placuit.*

Legiſtæ contra iudicis, ſiue arbitri officio diuiſionis hæreditatis negotium committunt; & quod ab eo definiri non facile poteſt, forte dirimendum cenſent, *l. 4. & 5. & d. l. In hoc iudicio. ff. Famil. hercisc. § Si familia, in inſtit. de off. iud. & argu. l. ſi duobus. C. commu. de leg.*

Vide Hoſtienſem, Ioan. Andr. & Butr. *in d. c. 1. de parochiis.* Iaſonem *in l. 1. num. 39. ff. Si cert. pet. & in § Quadam, num. 62.* Andream Gaill, *lib. 2. obſeruat. 116. numer. 14.* vbi dicit Conſuetudine Germanię in Camera Imperiali approbata receptum eſſe, vt ſenior fratrum diuiſionem pro ſuo arbitrio bona fide, & ex æquo faciat, & minor natu eligendi prærogatiuam habeat. Aliquid etiam per Cuiacium *ad l. 2. C. quando & quib. quarta pars, lib. 10.*

Ego conſuetudinem, vbi illa viget, ſeruandam eſſe non dubito: Iure autem ſi agatur, Canoniſtarum ſententiam præferendam cenſeo in foro Eccleſiaſtico; & Summi Pontificis ditione temporali, Legiſtarum in foro Cæſaris. Neque enim Canones hac in re vlli extant, qui leges abrogent. Nec exemplum Abrahæ & Loth generale continet præceptum, cui neceſſariò parendum ſit; ſed ex eo orta eſt conſuetudo illa laudabilis, vt frater maior diuidat, minor autem eligat, ſicut S. Auguſtinus loquitur: non autem dicit præceptum datum eſſe generaliter, vt ita fiat ab omnibus, & frater minor illam habeat prærogatiuam.

Caput XXXVIII.

Hæreditas, ſi delata ſit filio alicuius furioſi, an poſſit abſque conſenſu patris adiri, vt nullum inde emolumentum patri acquiratur?

SI hæreditas delata ſit filiofamilias, cuius pater ſit furioſus, vtrum poſſit adiri à ſolo filio, ita vt non acquiratur patri emolumentum, non vulgaris eſt controuerſia. Negantem ſententiam amplexi ſunt Bart. & Caſtr. *in l. cum heres. ff. de acqui. hæred. & ibid.* Angel. Imola. Roman. & Aretin. Iaſon *in l. qui in aliena. § Inferd. n. 13. ff. eo.* Crauet. *ad l. Cum filio, in 2. par. n. 13. de leg. 1.* Sed cōtrarium docuerunt Cuman. *in d. l. Cum heres ad ſi. Soc. in l. Cū filio, n. 24. verſ. Vel forte melius, de*

leg.

leg.1. & Pinellus *ad l.1.C. de bonis maternis in 1. part. nu. 62.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in d.l. Cum hæres. Martianus: [*Cum heres inſtitutus erat filius, & habebat patre furioſum, in cuius erat poteſtate, interponere ſe ſuam beneuolentiã diuus Pius reſcripſit, vt ſi filiusfam. adierit, perinde habeatur, ac ſi paterfam. adiſſet. Permiſit itaq; et, & ſeruos hæreditatis manumittere.*]

Poſterioris argumenta ſunt iſta. Primũ ex l. Antiſtius. 62. §. vlt. de acquiren. hæred. Iabolenus: [*Furioſus acquire ſibi commodum hæreditatis ex teſtamento non poteſt, niſi ſi neceſſarius patri aut domino hæres exiſtat: per alium autem acquiri ei poteſt, veluti per ſeruum, vel eum, quem in poteſtate habet.*]

Secundum eſt ex l. Patre furioſo. ff. de his, qui ſui, vel alieni iuris ſunt, vbi dicitur patriam poteſtatem manere licet pater ſit furioſus. Ex quo ſequitur effectum etiam manere ipſius patriæ poteſtatis, vt per filiũ patri etiam furioſo acquiratur.

Tertium eſt ex l. vlt. §. Quæri poteſt. ff. Quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſer. vbi probatur filiofam. non acquiri bonorum poſſeſſionem, niſi pater approbauerit, & textus loquitur de patre furente, ibi: [*Patre ita abſente, &c. Vel etiã furente.* Et rurſus ibi; *Tamen non ante acquireretur, quam pater comprobaſſet?*]

Nec id repugnat (vt obiter id addam) l. Cum hæres. ff. de acquiren. hæred. quia ibi acquiritur hæreditas, adiriq; poteſt ex gratia Principis, non ex mero iure, vt patet ex illis verbis: [*Interponere ſe ſuam beneuolentiam diuus Pius reſcripſit, &c.*]

Alia quædam argumẽta Pinellus adfert, quæ non videntur mihi vrgere: nam quod affert ex l. penult. ff. de Curatore furioſo, non eſt ſolidum, quia illa lex non dicit id, quod Pinellus teſtatur, vt quilibet ex ea facile cognoſcet.

Reſpondet Bartolus diſtinguendo: vtrum filius adeat ſponte hæreditatem, an vero iuſſu Curatoris patris furioſi. Priore caſu dicit ſibi acquirere *ex d.l. cum hæres.* Poſteriori acquire patri *ex d.l. Antiſtius.* Addit Paulus Caſtrenſis rationem, nimirum hæreditatem commoda, & etiam onera continere: & ideo æquum non eſſe, vt pater ignorans oneribus hæreditarijs, propter filij aditionem ſit obſtrictus.

Ego puto vna cum Pinello, non eam eſſe ſententiam d.l. Cum hæres, vt filiofam. adeunti hæreditatem acquiratur emolumentum, & non patri, in cuius poteſtate eſt, licet furioſus ſit. Primo, quia hoc illa lex non dicit, quod tamen dicere debuiſſet, ſi ea erat mens: quoniam iuriſconſultus nouerat filium in patris poteſtate eſſe, licet furioſi. Item ſciebat effectum acquiſitionis, quem producit patria poteſtas, & ideo caſus ille verbis claris & diſertis excipiendus erat à regula generali, quod tamen factum non eſt. Secundo, quia textus mentionem facit gratiæ diui Pij concedentis filiofam. vt adire poſſit hæreditatem, & perinde habeatur, ac ſi pater adiuiſſet: non cenſetur autem id conſenſiſſe in præiudicium patris, cui hæreditas acquirebatur; neque enim ſolet Princeps aliquid vni largiendo, alteri pręiudicare, *l.2. §. Merito. ff. pro ſocio.* Tertio, quia textus dicit Imperatorẽ filiofam. permiſiſſe; vt ſeruos hæreditatis manumitteret. Certe non erat opus ea permiſſione, (quod ante me Pinellus notauit) ſi filius, dominus eſſet hæreditatis. Quarto, quia hæc interpretatio repugnat d.l. Antiſtius. §. vlt. vbi patet, patri furioſo commodum hæreditatis quæri per filium. Et parum probabilis eſt illa explicatio, vt intelligatur, quando filius cum conſenſu curatoris patris furioſi adiuit: non autem, quando ſponte filius adiuit ex Principis gratia, cuius fit mentio in d. l. Cum hæres. Nam verba d. §. vlt. optime cõueniunt, & aptari commode poſſunt vtrique caſui, cum videlicet etiam ſponte filius adiuit. Poſtremo, quia ratio Pauli Caſtrenſis exiſtimantis non eſſe iuſtum, vt onera hæreditaria tranſeant in patrem furioſum & ignorantem, non habet multum ponderis: quoniam hæc diſputatio, qua de agitur, tunc ſolum incidere poteſt, cum curator patris furioſi vult agnoſcere hæreditatem & eius onera ſubire. ſi enim nolit, & filio adeunti relinquat hæreditatis commoda & incommoda, ceſſabit omnis diſputatio. Filio enim tunc ſoli adeunti hære-

hæreditatem Principis permiſſu totum acquiretur emolumentum ex hac repudiatione, præſertim nouiſſimo iure, *l. vltim. C. de bonis, quæ lib.* Cùm itaque fundamentum d. l. Cum hæres. ſuper quo ſententia primo loco relata nititur, non ſit ſatis firmum, non vereor poſteriorem ſententiam longè probabiliorem eſſe affirmare, eamque priori anteponere.

Capvt XXXIX.

Quomodo ſit accipiendum, quod dicitur in l. vlt. §. Vbi autem in vnum. C. de bonis, quæ liber. videlicet patrem legitimum adminiſtratorem bonorum filij aduentitiorum, mouere & excipere actiones poſſe adhibito filij conſenſu.

IMPERATOR Iuſtinianus ita ſtatuit: [*Vbi autem voluntas eorum* (ſcilicet patris & filij) *in vnum concurrit: & pater vſumfructum, & filius habeat proprietatem, & in agentibus & fugientibus pater quidem ſuſcipiat actiones & moueat, cuiuſcunque ætatis filius inueniatur: Adhibeatur autem filiorum conſenſus, niſi adhuc in prima ætate ſint, &c.*] In l. vlt. §. Vbi autem, C. de bonis, quæ liber.

Controuerſia eſt autem, quomodo illud ſit accipiendum, quod de conſenſu filij adhibendo præcipitur. Et ratio dubitationis oritur, ex l. 1. C. de bonis matern. vbi Conſtantinus nulla mentione facta conſenſus filij ita conſtituit: [*Parentes autem, penes quos maternarum rerum vtendi fruendiq; tantum poteſtas eſt, omnem debent tuendæ rei diligentiam adhibere: & quod iure filijs debetur, in examine per ſe, vel per procuratorem poſcere, & ſumptus ex fructibus impigre facere, & litem inferentibus reſiſtere, atq; ita omnia agere, tanquam eis integrum perfectumq; dominium acquiſitum fuiſſet, &c.*]

Hic nullum verbum, quod filij conſenſus adhibendus ſit à patre, vt meritò dubitetur, cur eiuſmodi conſenſus à Iuſtiniano requiratur, *in d. l. vlt. §. Vbi autem.*

Controuerſia eſt, dixi, quomodo id accipiendum ſit? Et prima eſt ſententia Bartoli *in d. §. Vbi autem.* conſenſum filij in conſtituendo procuratore non requiri: quia dum filius conſenſit patri in aditione hæreditatis, videtur etiam tacitè conſentire, vt procuratorem conſtituat.

Hæc ſententia refellitur ex verbis dicti §. Vbi autem. Nam Iuſtinianus ibi loquitur de filio & patre in vnam voluntatem concurrentibus circa aditionem hæreditatis, & tamen requirit filij conſenſum, dicens: [*Adhibeatur autem filiorum cõſenſus, &c.*] Ex quo patet non ſufficere conſenſum præſtitum circa aditionem hæreditatis.

Secunda eſt ſententia Angeli *in l, vltim. §. Pupillus ff. de verb. oblig.* patrem abſque conſenſu filij conſtituere poſſe procuratorem, *argum. l. 1. C. de bonis matern.* niſi de nuda proprietate lis inſtituenda ſit: tunc enim etiam filij conſenſus erit adhibendus; & ita accipiendum, quod habetur in d. §. Vbi autem.

Sed huic ſententiæ repugnant verba d. § Vbi autem, quibus exigitur filij conſenſus nulla diſtinctione adhibita inter proprietatem & vſumfructum.

Tertia eſt ſententia, diſtinguendum eſſe inter procuratoris conſtitutionem, & alios actus iudiciales. Pater itaque procuratorem abſque conſenſu filij conſtituere poteſt, *vt in d. l. 1. C. de bonis mater.* vbi nullum verbum de conſenſu filij adhibendo: ſed actiones mouere & ſuſcipere non poterit, niſi filij conſenſus interueniat. Ita Baldus & Caſtr. in d. l. vlt. §. Vbi autem. C. de bonis quæ liberis. qui text. non loquitur de procuratore, ſed de actionibus mouendis vel ſuſcipiendis. Eandem ſententiam ſecutus eſt Pinellus *alijs adductis in l. 1. C. de bonis mater in 2. part. ſub nu. 66.*

Sed obſtat. quod etiam in l. 1. C. de bonis matern. text. loquitur de actionibus mouendis, & excipiendis à patre, vt patet ibi: [*In examine per ſe vel procuratorem poſcere.*] Et rurſus ibi: [*Et litem inferentibus reſiſtere.*] Et tamen nulla fit mentio conſenſus filij in hoc adhibendi. Rurſus obſtat, quod hæc diſtinctio inter procuratorem, & alios actus iudiciales, rationem non habet diuerſitatis, cur potiùs in vno, quàm in altero caſu filij conſenſus adhibendus ſit. Et quod Pinellus dicit maius eſſe periculum in agendo vel defendendo, quàm in procura-

tore conſtituendo, nihil mouet: quia hæc ſunt paria, agere per ſe, vel per procuratorem, & ideo in procuratore conſtituendo idem periculum verſatur; imo aliquando maius tam propter mãdati formam, quam etiam propter ipſam perſonam procuratoris, vt ſit idoneus & non ſuſpectus.

Poſtrema eſt ſententia, vt mihi videtur vera & communior, textum *in l.1. C. de bonis matern.* declarandum & ſupplendum ex l. vlt. §. Vbi autem, C. de bonis, quæ lib. nempè patrem agere poſſe; & defendere, & procuratorem conſtituere, *vt in d.l.1.* Sed tamẽ adhibito conſenſu filij, *vt in d. §. Vbi autem,* Hæc ſanè interpretatio nullam habet difficultatem, quia non eſt nouum, vt vna lex per aliam declaretur, ſuppleatur & interpretetur. *Ita docuerunt Innocentius in cap. Accedens, de procurat. Imola. & Aretin. in l. vltima §. Pupillus. ff. de verbor. obligat. Angelus in §. actiones, num. 4. in Inſtit. de Act. Romanus in conſ. 241 num. 10. Capella Toloſana decis. 105.* Et hanc eſſe magis receptam Legiſtarum & Caroniſtarum ſententiam, alijs adductis authoritatibus, fatetur Pinell. *loco proxime citato.* Quamobrem & ipſe eam ſequor.

CAPVT XL.

Poſſitne paterfamilias abſque Prætoris decreto, res aduentitias filij, ob æs alienum diſtrahere?

SCRIBIT Salicetus *in l. Præſes C. de Tranſact.* patrem legitimum adminiſtratorem bonorum aduentitiorum filij alienare non poſſe abſque decreto Prętoris bona immobilia, etiam cauſſa æris alieni ſoluendi; argumento ſumpto ex legibus, quibus idem in patre tutore filij conſtitutum eſt, *l. 3. C. de prædijs minor. l. ſi pupillorum §. Si pater ff. de rebus eorum, qui ſub tut. vel cur. ſunt:* Eandem ſententiam tuetur *ibi* Iaſon *num. 5.* & pro eius confirmatione præter alia perpendit verbũ ritè, *in l. vltima. §. Sin autem æs alienum. C. de bonis quæ liber.* & adfert iuris regulam, quę colligitur ex l. Si quando C. de inoff. teſtam. quoties licentia conceditur aliquid faciendi, intelligi debet adhibita iuris ſolennitate: Et ideo patri licentia conceſſa alienandi bona filij aduentitia propter æs alienum, ita debet intelligi, vt iudicis decretum interueniat. In eandem ſententiam propendet Curtius iunior *ibid. nu. 15.* & eam ſecutus eſt Crotus in l. Frater à fratre, num. 3. ff. de cond. indeb. Chaſſaneus in Conſuet. Burgundiæ, Rub. 6. §. 5. num. 14.

Sed hæc ſententia facilè refelli poteſt perpenſo textu *d. l. vlt. §. Sin autem æs alienum. C. de bonis quæ lib.* Cuius verba hæc ſunt: [*Sin autem æs alienum ex defuncti perſona deſcendit: Cũ etiam apud veteres hoc eſſe ſubſtantia intelligatur, quæ poſt detractum æs alienum ſuperſederit: habeat pater licentiam ex rebus hereditarijs, primum quidem mobilibus, ſin autem non ſufficiunt, ex immobilibus, ſufficientem partem nomine filij venundare, vt illicò reddatur æs alienum, & non vſurarum onere prægrauetur.*]

Hic ego perpendo tria. Primum licentiam expreſsè ab Imperatore conceſſam patri hoc in caſu alienandi bona filij, non igitur decreto Prætoris opus habet: quid enim eſt aliud Prætoris decretum, quàm permiſſio alienandi? *l. 5. §. Non paſſim ff. de rebus eorum.*

Deinde hoc perpendo, licentiam ab Imperatore datã alienandi, cauſſa addita, [*ne vſurarum nomine prægrauetur,*] & modo ſiue ordine etiam adiecto, circa alienationem iſtam, nempe *ex mobilibus primum, ſin autem, non ſufficiunt, ex immobilibus.* In his autem potiſſimum verſatur Prætoris diligentia & officium, vt ſcilicet, excutiat, an aliunde poſſit æs alienum ſolui, quam ex immobilibus. Quare fruſtra in hac re Prætoris decretum deſideratur, cùm in ea peragenda modum & formam Imperator deſignauerit.

Tertiò, animaduerto nullam fieri mentionem decreti iudicis ſeu Prætoris in hac alienandi licentia ab Imperatore data & ſanè non immeritò. Nam lex confidit multum de patris prudentia, hoc in caſu potiſſimum, quoniam ipſius patris intereſt, vt res filij tam mobiles quàm immobiles conſeruentur, & ſi fieri poſſit non alienentur; quia & ipſe pater in his habet vſumfructum, quamobrem non dubitat lex,

lex, quin alienatio à patre facta in vtilitatem filiorum ceſſura ſit.

Contrariam itaq; ſententiam, decretum ſcilic. non requiri, probabiliorem eſſe iudico, quam amplexus fuit Azo, & receptiſſimam eſſe Pinellus teſtatur *allatis authorit. in l. 1. C. de bonis matern. in 3. par. num. 21.*

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. Nam quod attinet ad primum, illud locum habet in patre tutore filij emancipati. nos autem loquimur de patre legitimo adminiſtratore bonorũ filij, qui plus iuris habet: habet enim vſumfructum, & alienandi poteſtatem à lege propter ęs alienum ſimpliciter, & abſolutè ſecundùm formá legis, nulla mentione facta decreti adhibendi, vt dictum eſt.

Ad ſecundum reſpondeo, ſolennitatem hoc in caſu aliam non requiri, quàm à lege p[illegible]tam, vt ſcilicet cauſa ſubſit æris alieni diſſoluendi. Item vt primum ex mobilibus, &c. *vt in d. §. Sin autem æs alienum.*

Ad tertium ex verbo, *rite*, reſpondeo, nõ eſſe in textu: quod ſi in aliquibus exemplaribus habeatur, ſignificat ordinẽ ſeruandũ à patre in ipſa alienatione fienda, nimirũ, vt primum mobilia diſtrahantur, tum immobilia; non autem ſignificat iudicis decretum: quia hoc in caſu nec à lege requiritur, nec neceſſarium videtur.

Capvt XLI.

Ad l. lege obuenire 130. ff. de verb. ſign. & l. 3. §. De illo. ff. pro ſocio.

V*Lpianus. Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit, & eam, quæ ex teſtamẽto defertur: quia leg. 12. tabularum teſtamentariæ hæreditates confirmantur.*

Paulus. *De illo quæritur, ſi ita ſocietas coita ſit, vt ſit quæ iuſta hæreditas alterutri obuenerit, communis ſit, quæ ſit iuſta hæreditas? vtrũ quæ iure legitimo obuenit, an etiã quæ ex teſtamẽto, & probabilius eſt ad legitimã hæreditatẽ tantũ hoc pertinere.*

Iam controuerſia oritur, quomodo hęc reſponſa accipienda ſint. Nam ſi non impropriè legitima hęreditas dicitur apud Vlpianum, quæ ex teſtamẽto defertur, ergo & apud Paulum reſpondendũ videbatur etiã hæreditatem ex teſtamento delatam in ea ſpecie cõtineri. Variæ ac diuerſæ ſunt interpretũ ſententię, quas hic ordine recenſebo, tum eligã, quæ mihi probabilior videbitur.

Prima eſt ſententia Iaſonis *in l. Vn. num. 8. C. quando non peten. part.* diſtinguendum, vtrum à lege, vel ab homine proferantur hęc verba: Si à lege, tunc etiam teſtamentaria hæreditas intelligitur; ſi vero ab homine, tunc intelligitur ea, quæ ab inteſtato defertur.

Refellitur à multis hæc interpretatio, quia nec rationem affert vllam diuerſitatis inter verba hominis, & verba legis: & quia non eſt ſatis rationi conſentanea, cùm verba hominis accipienda ſint ſecundum interpretationem legis.

Secunda eſt ſententia communior cęteris, Vlpianum loqui ſecundùm latioren ſignificationem verbi: Paulum vero ſecundùm ſtrictam & propriam. *Ita omnium primus docuit Accurſ. in l. Legitimũ. 8. ff. de petit. hæred. Decius & Cagnol. ad d. l. Vn. C. quãdo nõ peten. part. late Bellonus lib. 3. Supputationum iuris, c. 7. & Pinellus ad l. 2. nu. 7. C. de bonis matern.*

Huic ſententiæ obſtare videntur illa verba Vlpiani: [*Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit, & eam quæ ex teſtamento defertur.*] Et ideo Alciatus ſemper communẽ hanc ſententiam impugnauit, arbitratus tã quæ ex teſtamento, quàm quæ ab inteſtato defertur hæreditatem legitimam propriè dici, *vt late proſequitur lib. 4. Paradoxorum, cap. 7. & in commentarijs d. l. lege obuenire.*

Tertia igitur eſt ſententia ipſius Alciati *locis annotatis*, legitimam quidem hæreditatem vocari, tam eam, quæ ex teſtamento, quàm quę ab inteſtato defertur: ſed iuſtam hæreditatem eam appellari, quæ ab inteſtato defertur: Et de ea Paulus locutus eſt, nõ autem de legitima. [*Igitur ſciendũ eſt*, inquit, *iuſtum non ſimpliciter dici, quod à iure prouenit: ſicut quod à lege legitimum: ſed eo ampliùs dictio hæc eam habet emphaſim, vt illud ſignificet, quod omni ex parte perfectum eſt, & cui ad rem, de qua agitur, nihil deeſt.* Et infra: *Itaq; vt ad rem redeamus*, inquit, *iuſtam hæreditatem iuris author definiuit, quæ ab inteſtato capitur: quoniam ea nõ ex*

lege ſolum, ſed & naturali ratione ex bono & æquo debetur.

Sed Alciatum refellunt *locis ſupra annotatis* Pinellus & Bellonus eo argumento, quod frequentius in iure iuſtum accipiatur pro legitimo, veluti iuſta ætas, id eſt, legitima, *l. Cum filio, in fine, de leg.* 3. iuſta poſſeſſio pro ciuili, *l. Quod ſeruus. ff. de acq. poſſeſſ.* Iuſtus filius pro legitimo, ſiue adopt. *l. 2. ff. de adopt.* Imò & iuſta vxor dicitur, quę ſolo reſcripto Principis vxor fit, *l. ſenatori. ff. de ritu nupt.*

Ego ex præmiſſis ſententijs ſecundã ordine relatam communiorem, vt dixi, eligo, & pro eius confirmatione, adfero primùm Cuiacium nouiſſime *ad lib. 32. Pauli ad Edictum*, vbi tractans locum illum, *l. 3. §. de illo*, ſcribit: [*Ergo vt legitimæ, ita iuſtæ hæreditatis nomine ſignificatur tantũ ea quæ obuenit ab inteſtato, non quæ ex teſtamento, quamuis etiam ea ſit legitima: ſed legitima proprie ea dicitur, quæ ex ſola lege defertur, ſine teſtamento, ſine voluntate defuncti, iuſta quæ ex ſolo iure defertur.*]

Secundo adfero Fornerium *in commentarijs d. l. obuenire. ff. de verbo ſign.* qui præclare hanc ſententiam confirmat. Et totam hanc rem eleganter explicat. Eius verba hęc ſunt. [*Etenim ſi verum amamus, ea demum legitima dicetur hæreditas, quæ à lege 12. tabularum Edictis S. C. vel qua alia iuris parte ab inteſtato defertur, l. 3. §. De illo pro ſocio. l. penult. de ſtatu hom. §. Cæterũ ff. de legit. agnat. ſucceſſ. l. 11. Is autem, de iure patron. l. 11. Capitis, de ſuis & legit. hered. l. 1. l. 2. ad S. C. Tertyl. l. 6. quia l. ſeq. Si quis omiſſa cauſſa teſta. l. 8. legitima. de petitio. hæred. l. 26. ſi cũ de neg. geſt. l. 47. ſi pater, de fideicom. libert. l. 10. Pater, de cap. leg. 3. de interd. & releg. Vnde fit vt teſtamentaria ac legitima hæreditas inuicem, ſicut hæres legitimus ac teſtamentarius, perpetuo opponantur. d. §. de illo, l. 14. Controuerſiis, de tranſact. l. penul. de except. rei iud. l. 82. ſi quis ita hæres. De hæredib. inſtit. l. 1. ſi quis omiſſ. cauſ. l. 9. Proponebatur, de Caſtrenſi peculio, l. 77. Cum pater. §. Filius, de leg. 2. l. 29. ſtatu liberi, de ſtatu lib. l. 12. ſi quis. §. Funus, de relig. Non ſecus ac teſtamentaria tutela legitima ex aduerſo reſpondet, vt quandiu illa ſperatur, hæc ceſſet: legitimos tutores nemo dat: ſed lex 12. tabul. legitimos tutores facit, l. 11. ſi quis, ſub l. 27. Idẽ de teſta. tut. l. 1. l. 5. l. ſeq. de leg. tuto. Teſtamentarius igitur hæres minus proprie legitimus, l. 15. Nam ſi. l. ſeq. de inoff. teſtam. imo non legitimus perſpicue vocatur, l. 24. Generaliter, de fideicom. libert. Veruntamen propter confirmationem legis, non adeo improprie lege obuenire videtur & ea, quæ teſtamẽto defertur hæreditas.*] Hactenus Fornerius qui paulo ante illa verba enarrans d. l. lege obuenire: nempe, [*Non improprie. Vt inter velle & nolle*, inquit, *medium, & interiectum eſt non nolle: ſic & inter proprie & improprie eſt non improprie.*]

Capvt XLII.

Ad interpretationem l. 3. C. de bonis maternis.

Controversia eſt circa l. 3. C. de bonis maternis, interpretationem: an pater virilem vſusfructus portionem conſequatur, tanquam vxoris hæres, & quaſi vxori ſuæ ſuccedat; an vero per ipſos liberos, quos emancipauit. Nam Baldus, Salicetus, & Corneus dixerunt per liberos eam portionem acquiri. Sed Io. Faber, Cyn. Fulgoſ. & Caſtrenſ. virum in ea portione vxori ſuccedere contendunt, & ante eos Accurſ. *in verb. Præſcript.* dicens, *nota caſum in quo vir ſuccedit vxori in aliquo.*

Poſteriorem hanc ſententiam ſecutus eſt Pinellus *in commentarijs d. l. 3.* eo potiſſimùm argumento, quod auo paterno competit hæc portio cum nepotibus ex filio emancipato natis poſt emancipationem: & ſic quos auus in poteſtate non habuit, nec in eos beneficium contulit: Item, quia datur etiam eadem portio auo materno cum nepotibus, quos nec habuit, nec habere potuit ſub poteſtate; & ſic patet auum hæredem, maritumque defunctæ ſuccedere ex beneficio legis, non autem per nepotes id acquirere, cum eos nunquam habuerit in poteſtate, deficiatq; illud neceſſarium poteſtatis fundamentum, quo parenti per liberos acquiri ſolet.

Sed priorem ſententiam ego puto eſſe probabiliorem, & ſic exiſtimo, ſi bona obuenerint filio iam emancipato materna, patri concedi virilem portionem vſusfructus, non tanquam in hac parte hæredi vxoris ſuæ, ſed munus capienti à lege oblatum reueren-

nerentiæ patris manumiſſoris, vt verbis vtar Cuiacij in paratitlis illius tituli.

Non obſtat argumentum Pinelli, quia notanda ſunt verba textus: [*Nam licet hoc nouum*, inquit, *præſens lex conſtituat in nepotes: non tamen abs re eſt, vt in hoc caſu deteriores eſſe nepotibus filij non ſinantur.*] His enim verbis indicat textus, in nepotibus, & alijs ad quos extenditur legis conſtitutio, non habere locum rationem huius beneficij: quia propter emancipationem patri collatū eſt à lege: ſed tamen idem nihilominus ſtatui alia ratione, ne ſcilicet abſurdum ſequatur, vt filij deterioris conditionis exiſtant nepotib. Quaſi dicat, cùm in filiorum præiudicium ſit conſtitutum, vt pater emolumentum illud conſequatur virilis portionis vſuſfructus ob memoriam beneficij in filios collati emancipationis, æquum bonum eſt, etiam in præiudicium nepotum idem ſtatui.

Capvt XLIII.

Hæreditatem petens ab inteſtato, tanquam conſanguineus, an probare teneatur ſe proximiorem eſſe.

IS, qui petit hæreditatem tanquam cognatus, ſiue conſanguineus defuncti ab inteſtato, vtrum neceſſe habeat probare ſe proximiorem eſſe: an vero ſufficiat ei probare ſe cognatum, vel conſanguineum. Non eſt parui momenti controuerſia, aliquibus affirmantibus ſufficere conſanguinitatis ſeu cognationis probationem, aliquibus contra aſſerentibus docendum eſſe de proximiori gradu. Authorum nomina vtriuſque ſententiæ, & loca diligenter & copioſè refert Couuar. *lib. 2. Variarum reſolut. cap. 6.* & poſt eum Ioſephus Maſcardus *de probationibus, volum. 3. concluſione* 1245. qui ſi tam accurate iuris fundamenta expendiſſet, omnis opera noſtra ſuperuacanea videri poſſet. Nos igitur laborem eius in Authorum catalogo conſcribendo laudantes, argumenta adferemus, eaque expendemus pro more noſtro: & pro ſtudioſorum vtilitate: non ingratum nos facturos arbitrati viris doctis & eruditis, qui non ex Authorum numero, ſed ex momentis rationum iuris controuerſias expendere ſoliti ſunt ac definire.

Igitur qui putant hoc ſufficere, vt conſanguinitas cognatiove iudici probetur, adducti in eam ſententiam ſunt. Primùm ex l. ſi ſcriptum, C. de probationib. Diocletianus: [*Si ſcriptum hæredem ab amita tua, vel teſtamenti vitio, vel quacunque alia ratione nō poſſe obtinere hæreditatem, probari à te poſſe confidis: de hac hæreditate apud Rectorem prouinciæ agere potes.*]

Hęc lex non iuuat ſententiam iſtam, tantum enim hoc vult, cognatum agere poſſe, & hæreditatem petere: nihil autem textus dicit circa probationem, qualis eſſe debeat, & ſine dubio pręſupponit eum, qui agit proximiorem eſſe amitæ ſuæ.

Secundo, ex l. Amitæ, C. commun. de ſucceſſionibus, quæ lex nihil ad rem noſtrā pertinet, declaraturq; & reſtituitur à Cuiacio *lib. 12. Obſ. c. 7.* Non ego fruſtra huc verba eius adferam, cum facile legi poſſint, & nihil prorſus contineant, vnde argumentum ſumi poſſit.

Tertio, ex l. ſi auiæ, C. de ſucceſſorio edicto, quæ nihil ad rem facit: hoc enim dicit, ſi is, qui in quarto gradu conſtitutus eſt, non petat, vel non recte petat bonorū poſſeſſionem, eum, qui eſt in quinto gradu admittendum eſſe. Hoc autem cum propoſita quæſtione nihil commune habet.

Quartò, ex l. Ex facto §. penultim. ff. ad Trebellianum. vbi hoc perpenditur, quòd non ſit neceſſe probare grauatum deceſſiſſe ſine liberis: [*quia ſi naufragio, vel ruina, vel aggreſſu, vel quo alio modo filius ſimul cum patre perierit, magis eſt non defeciſſe conditionem* (fideicommiſſi) *quia non eſt veriſimile filium ſuperuixiſſe patri.*]

Hoc autem nil ad Rhombum, bona Doctorum pace: quid enim hæc res commune habet cum quæſtione noſtra? Noſtra quæſtio eſt, An probandus ſit gradus proximior eius, qui hæreditatem petit tanquam cognatus. Vlpia. ſcribit patre & filio ſimul pereuntibus, non deficere conditionem fideicommiſſi, quod patri ſcilicet iniunctum erat, ſi abſque liberis moreretur:

quia non præſumitur filius ſuperuixiſſe patri. Longo hæc res diſtat interuallo ab eo, quod quæritur in ſpecie propoſita, vt patet, *qua de re late Couuar. lib. 2. variar. reſolut. capite* 7.

Quinto ex notatis in Gloſſ. l. cùm de leg. ff. de probat. vbi text. dicit: Cum de lege Falcidia quæritur, hæredis onus eſſe probãdi, locum eſſe Falcidiæ: Gloſſ. autem ibi dicit hæredem hoc probare: [*Si probet tot eſſe legata, & tantum eſſe in bonis: etſi legatarij dicunt tantum apud hæredem manere, quod ſufficiat ad Falcid. ipſi debent probare.*]

Sed mirum quantum hæc res diſtet à quæſtione noſtra: ego certe ſic cenſeo, tam aliena argumenta, & ex diuerſis conflata, confutatione apud viros graues, & doctos non egere.

Sexto, quia cum aliquis tanquam conſanguineus hæreditatem petit, veriſimile eſt, ſi alij extarent proximiores, petituros eſſe, quare, ſi nulli alij petant, credendum eſt non extare, & conſequenter conſanguineo eam petenti attribuenda eſt.

Sed reſponderi poteſt accidere poſſe, vt alij extent proximiores, qui abſint, vel ignorent hæreditatem ſibi delatam, & conſequenter argumentum non eſt ſatis firmum.

Septimo ex eo, quod difficile probari poteſt hac negatiua, vt loquar cum noſtris Doctoribus, nempe proximiores alios non extare. Et ideo raro poſſent cognati & conſanguinei hæreditatem obtinere.

Sed reſponderi poteſt, difficile quidem id futurum, ſi neceſſariæ probationes requirerentur; ſed quæ eſt difficultas ex ijs teſtibus, qui conſanguineum eſſe peritorem hæreditatis, & cognatum teſtificantur, intelligere, alios non extare conſanguineos defuncti proximiores: Teſtes, qui adhęc probanda adhiberi ſolent, plerumque ſunt vicini, eiuſdem ciuitatis, & tales qui ſicut eum nouerunt, qui hæreditatem petit, eſſe cognatum, ita facile alios non extare ſcirent. Eſt enim hæc negatiua ſatis coarctata loco, tempore & perſonis, & idcirco non ita difficilis eius probatio videatur.

Poſtremo, quia quod alij extent proximiores conſanguinei, ex facto pendet: Quod autem in facto conſiſtit, non eſt pręſumendum, ſed probandum, *l. in bello, §. facta, ff. de capti.*

Reſponderi poteſt, non præſumi quidẽ alios extare; ſed tamen, quia, vt extarent, fieri poſſet, eius eſſe partes id probare, quod non extent, qui in eo ſuam intentionem fundat.

Nec obſtat id, quod replicatur, non incumbere onus probandi ei, cui militat iuris præſumptio. Nam negatur militare iuris præſumptionem pro actore. Aliud enim eſt dicere, non eſſe præſumendum alios extare proximiores, quod ſponte nos fatemur: aliud vero præſumendum eſſe, non extare, quod ideo negamus, quia iure non probatur: eſt enim hoc incertum, extent, necne alij proximiores. Quamobrem ei, qui dicit non extare, onus probandi incumbit.

Contrarium igitur ſententię fundamentum eſt præcipuum, quia is, qui petit hęreditatem, tanquam cognatus, ſine dubio dicit, ſe in aliquo gradu cõiunctum fuiſſe defuncto, puta in tertio, quarto, quinto, &c. Ergo ex hoc apparet alios extitiſſe in proximiori gradu; neque enim poteſt vnus in tertio, vel quarto gradu coniunctus eſſe, niſi alij in ſecundo & propinquiori fuerint coniuncti. Debet igitur hæc duo probare, ſe in eo gradu coniunctum eſſe, & alios, qui præceſſerunt, non extare. Nam pręſumuntur extare, & adhuc viuere.

Sed certe, quod præſumuntur extare, vel adhuc viuere, non videtur mihi ſatis iuri conſonum. Et ideo magis ſemper placuit vitam, vel mortem ab eo probandam eſſe, qui eam allegat, *vt declarat Couuarruuias lib. variarum reſoluti. cap. 7. num. 6. & nos aliàs differemus.*

Exiſtimo itaq; hanc ſententiam, quę docet, probandum eſſe proximiorem gradũ, probabiliorem eſſe ex communi regula iuris: quemlibet probare debere, id, quod eſt fundamentum ſuæ intentionis, *l. Actor. C. de probat. l. In illa, l. Hoc iure, ff. de verb. oblig. l. pen. §. docere. ff. ne quis eum, qui, &c.*

Hoc eſt autem actoris intentionis fundamentum, quod ſit proximior. Nam hęreditates à lege non deferuntur ſimpliciter cognatis, & conſanguineis, ſed proximioribus. Iuſtinian. Nouella de hæredibus ab inteſtato venient. §. pen. [*Si vero*, inquit, *neq; fratres, neq; filios fratrum, ſicut diximus defunctus reliquerit, omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, ſecundum vniuſcuiuſq; gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu ipſi reliquis præponantur.*

Capvt XLIV.

Tractatur controuerſia de eo qui fideicommiſſum petit ſub conditione relictum, ſi inſtitutus abſq; liberis deceſſerit, an teneatur probare grauatum abſq; liberis deceßiſſe.

TEſtamento hęres inſtitutus rogatus eſt per fideicommiſſum, ſi abſque liberis moriatur, hæreditatem Caio reſtituere: Vtrùm Caius hærede defuncto, hæreditatem ex fideicommiſſo petens probare teneatur, eum abſque liberis deceſſiſſe? Non teneri, ſed potius eum, qui aſſerit hæredem ſuperſtitibus liberis deceſſiſſe; id probare debere, Authores ſunt Bartolus & Angelus *in l. Ex facto §. Si quis autem, ff. ad Trebellian. Alex. in conſ. 39. lib. 1. Paulus Caſtr. in conſ. 387. li. 1 Decius in conſi. 578. non procul à principio. Alciat. de præſumpt. reg. 1. præſumpt. 49. alios citat Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, l. 1. tit. 4. & poſt eum Maſcardus de probat. volum. 1. concluſ. 343. & lib. 3 concl. 1344. vbi latißime & nouißime Menoch. de præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 182. num. 5.*

Argumenta ſunt iſta: Primum ex d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. Vlpia. [*Si quis autem ſuſceperit quidem filium, verum viuus amiſerit, videbitur ſine liberis deceßiſſe: Sed ſi naufragio, vel ruina, vel aggreſſu, vel quo alio modo ſimul cum patre perierit: an conditio defecerit videamus? Et magis non defeciſſe arbitror, quia nõ eſt veriſimile, filium eius ſuperuixiſſe. Aut igitur filius ſuperuixit patri, & extinxit conditionem fideicommißi; aut nõ ſuperuixit, & extitit conditio. Cũ autem quis ante, & quis poſtea deceſſerit, nõ apparet: extitiſſe conditionem fideicommißi magis dicendum eſt.*]

Hæc poſtrema verba pro hac ſententia adferuntur. Nam ſi pronunciandum eſt in dubio fideicommiſſi conditionem extitiſſe; Ergo pronunciandum eſt in dubio hæredem grauatum abſque liberis deceſſiſſe; atque adeò fideicommiſſi conditionem eueniſſe.

Secundum argumentum eſt, quia quod quis decedat abſque liberis, congruit cum primo ſtatu naturali hominis: Hæc enim eſt qualitas, quæ ineſt cuilibet ab initio, quia non habet liberos, quare is, qui contrarium dicit, probare debet.

Tertium argumentum eſt; quia quod aliquis liberos habuerit, in facto conſiſtit, & præſupponitur vxorem quoque habuiſſe, & eos ſuſcepiſſe, ac ſuperſtites reliquiſſe, quæ omnia non præſumuntur, ſed probari debent, *l. 1. C. de probat. l. Adſeueratio, C. de non num. pec.*

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus, Imola, Alexand. & Ripa *in dicta l. Ex facto. §. Si quis autem, ff. ad Trebellianum.* Et fundamentum eorum eſt; quia vnuſquiſque tenetur probare id, in quo conſiſtit ſuæ intẽtionis fundamentum, *vt in l. in illa, in l. ita ſtipulatus. §. Quod ſi initio. ff. de verbor. oblig. l. pen. §. docere. ff. ne quis eum, qui in ius voc. eſt, vi exim. l. actor, C. de probat.* Sed hoc eſt fundamentum intentionis actoris, quod hęres grauatus fideicommiſſo abſq; liberis deceſſerit, quia ſub illa conditione; ſi videlicet abſque liberis decederet, grauatus fuit, ergo id probare debet.

Couuar. *lib. 2. var. reſol. c. 7. nu. 7. 8.* & poſt eum Mantica *loco ſuprà annotato.* diſtinguunt hanc rem in aliquot caſus.

Ego vero in poſteriorem hanc ſententiam lubens deſcendo, omiſſa caſuum diſtinctione, quocunq; enim modo res proponatur, exiſtimo actorem fideicommiſſ. probare debere hoc, quod eſt ſuæ intentionis fundamentum, nempè grauatum hæredem abſque liberis deceſſiſſe: Dixi actorem fideicommiſſarium; Nam ſi is ſit reus, & in poſſeſſione bonorum, & aduerſarius auferre ei hæreditatem velit, eam ob cauſam

cauſſam, quod dicat grauatum deceſſiſſe liberis ſuperſtitibus, non dubito, quin is probare debeat liberos ſuperſtites fuiſſe. Et in his terminis reſpondit Caſtrenſis *dicto conſilio 387. libro* 1. Excipio autem caſum, de quo loquitur Vlpianus *in d. l. Ex facto. §. Si quis autem ff. ad Trebellia.* vt videlicet, ſi pater & filius perierint ruina, vel naufragio, locus ſit fideicommiſſo, quaſi in dubio filius prius deceſſiſſe præſumatur, vt ibi dicitur.

Cur autem in hanc potius ſententiam, quæ paucorum eſt, deſcenderim, illud effecit: quoniam in eligenda opinione hoc potiſſimum obſeruare ſoleo, vt momenta rationum expendam, tum ei ſententiæ adhæream, quæ ſolidiori nititur fundamento. Iam pro hac ſententia, quam ſequor, pugnat iuris regula, quæ docet actorem probare debere ſuam intentionem; Ergo fideicommiſſarius, qui eſt actor, probare debet grauatum hæredem abſque liberis deceſſiſſe. Hæc eſt enim intentio ſua, quia fideicommiſſum illam conditionem habuit, ſi abſque liberis hæres moreretur, & conſtat fideicommiſſum, quod ſub conditione relictum eſt, non deberi, niſi conditio euenerit, *l. Legata 41. ff. de conditione & demonſtratione, cum alijs multis*; Ergo, iuris rationi conuenit, vt id probetur ab actore fideicommiſſario, qui aſſerit conditionem eueniſſe; non autem ab aduerſario eius id negante: Etenim onus probandi incumbit, qui dicit; non qui negat, *l. 2. ff. de probat.*

Contra vero, ſententia prior, licèt magis communiter recepta, nullo firmo nititur fundamento. Nam quod attinet ad text. *in l. Ex facto. §. Si quis autem, ff. ad Treb.* ille ad quæſtionem iſtam non pertinet. Rectè enim ſumitur argumentum ex illo reſponſo, quoties dubium eſt, vter prior deceſſerit, pater an filius, præſumendum eſſe priorem patrem deceſſiſſe, vt fideicommiſſo ſit locus; ſed non inde inferri poteſt in omnibus caſibus ita pronunciandum, alioquin eodem modo generalis inde ſumeretur concluſio, quod fideicommiſſum conditionale petens, non teneretur docere, conditionem eueniſſe, quod tamen repugnat iuris regulis & rationi.

Cur autem in ea ſpecie, qua pater & filius naufragio, vel ruina perierunt, & ignoretur vter prior deceſſerit, illa interpretatio locum habeat, illa eſt cauſſa; quia teſtator voluit hæreditatem peruenire, primo ad hæredem inſtitutum, deinde ad eius liberos, quos ſubſtituto prætulit, *iuxta l. Lucius, ff. de hæred. inſtit.* Tertio, ad ſubſtitutum. Cùm igitur hæres deceſſerit, & filij non extent, quos teſtator prædilexit; extet vero fideicommiſſarius, ſiue ſubſtitutus, ad quem teſtator voluit hæreditatem filijs non extantibus peruenire, merito, vt voluntas teſtatoris effectum ſortiatur, & ſeruetur, illa interpretatio adhibetur, vt ſi non conſtaret patrem prius deceſſiſſe, & res dubia ſit, locus ſit fideicommiſſo.

Et ſane falluntur, qui putant vltima verba d. §. Si quis autem, non pertinere ad ſpeciem ibi propoſitam, cùm verba ſint clara. Nam poſtquam Vlpian. dixit, conditionem fideicommiſſi non defeciſſe, nec filium præſumi patri ſuperuixiſſe, reſumens articulum, & ex omni parte eum tractans, ac expendens, tres caſus conſtituit: primum, ſi conſtet filium ſuperuixiſſe, & tunc, inquit, fideicommiſſum extingui. Secundum, ſi conſtet, patrem ſuperuixiſſe, & tunc dicit conditionem extitiſſe fideicommiſſi. Tertium, cùm non apparet, quis ante, & quis poſt deceſſerit, id eſt, an pater, an vero filius, & tunc extitiſſe conditionem magis dicendum eſſe, reſpondit.

Quod autem ſecundo loco dicebatur, illam præſumptionem præualere, quod quis abſque liberis deceſſerit; quia conformitatem habeat cum primo naturali ſtatu hominis; quia ſcilicet, is natus liberos non habet, nihil mouere debet. Nam hæc eſt debilis admodum argumentatio, & nulla lege, nulla firma ratione munita. Homo in lucem editus, vxorem non habet, non liberos; igitur nec poſtea præſumitur habuiſſe. Eiuſdem farinæ ſunt, quæ de paupertate dicuntur, quia naſcimur nudi, ideo non præſumatur quis diues.

Sunt

Sunt hæc brocardica planè, & parum probabilia, nec digna, quæ pro deciſione controuerſorum iuris articulorum adferantur. Cum longè diuerſus ſit hominis ſtatus, qui poſtea ſequitur ab eo, quem primo habuit. Et frequenter vxorem ducat, liberos procreat diuitias acquirat; & longè aliam, quam primo habuit conditionem cõſequatur. Quo fit, vt incertum ac obſcurũ planè exiſtat, an quis abſque liberis; vel cum liberis mortuus ſit; Et ideò is, qui dicit mortuum quempiam abſque liberis, probare tenetur, iuris regulas magis ſequi, quàm leues coniecturas velimus.

Non procul ab his diſtat, quod tertio loco diecbatur, quæ in facto conſiſtunt, nõ eſſe præſumenda: Hæc autem in facto conſiſtere, quod quis vxorem duxerit, & liberos procreauerit; &c. Nam non dicimus præſumi quempiam liberos habuiſſe, ſed dicimus id incertum, dubium, & obſcurum eſſe, habuerit necne. Quare probationem ei incumbere, qui dicit abſque liberis hæredem grauatum fideicommiſſo deceſſiſſe. Hic enim illud moneo, quod & in præcedẽti capite, hæc inter ſe differre, quempiam non præſumi ſuperſtitibus liberis deceſſiſſe. Item quempiam præſumi mortuum abſque liberis. Prior propoſito vera eſt. Nam cùm incertum ſit, an quis deceſſerit liberis ſuperſtitibus necne, non videtur temerè affirmandum, ac præſumendum; eum liberis ſuperſtitibus obijſſe. Poſterior autem propoſito vera non eſt. Nam cùm id incertum ſit, an liberos reliquerit ſuperſtites necne, non eſt temerè affirmandum ac præſumendum non reliquiſſe ſed veritas eſt inquirenda, & probandi onus actori, ſecundum regulas iuris, iniungendum videtur.

Capvt XLV.

Controuerſia de pupillari ſubſtituto, qui probat mortem inſtituti, an teneatur probare eam in pupillari ætate contigiſſe, vt obtineat?

Agit pupillariter ſubſtitutus impuberi teſtatoris filio, & probat mortem eiuſdem filij inſtituti; controuerſia eſt, an ſufficiat ea generalis probatio mortis, an verò neceſſe ſit probare eum in pupillari ætate deceſſiſſe. Et quidem probationem mortis ſufficere, nec requiri, vt probetur in pupillari ætate eam contigiſſe, reſpondiſſe fertur Baldus *in conſil. quodam, incipiente. Ex parte contingentis.* Quod ſanè reſponſum nemo hactenus in libris impreſſis inuenire potuit, ſed multi tamen grauiſſimi interpretes huius reſponſi mentionem faciunt, & hanc ſententiam amplectuntur, *Socinus in conſil. 89. colum. 4. lib. 1. Decius in c. in præſentia, nu. 50. de probat. Ioan. Baptiſt. à S. Seuerino in l. precibus, num. 58. C. de impuber. & alijs ſubſtitut. & multi alij, quos commemorat Maſcard. de probat. volum. 2. concluſ. 666. num. 39. & vol. 3. concl. 1347. num. 4. qui tamen Maſcardus errauit in citanda deciſ. 491. In vna Fulginatenſi apud Puteum, lib. 2. dixit enim, Rotam ita determinaſſe, cùm tamen nil determinauerit, ſed vnus ex iudic. dubitauerit: An probata morte eius, cui facta eſt ſubſtitutio pupillaris, præſumatur mortuus in pupillari ætate. Rurſus non fideliter citauit Paulum Caſtr. in l. ex facto. §. Si quis autem, ad Treb. quaſi eiuſdem ſententiæ authorem, cùm tamen contrariam ſententiam amplexus videatur.*

Fundamentum huius ſententiæ, quatenus mihi diligenter quærenti intelligere licuit, poſitum eſt in dicta l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebellianum. quatenus ibi pronunciatur locum eſſe fideicommiſſo, cùm incertum eſt, an prius pater deceſſerit, vel liberi eius. Præſumit enim lex prius liberos deceſſiſſe, vt locus ſit fideicommiſſo; Ergo & in propoſita ſpecie præſumendum videtur eum, cui pupillaris ſubſtitutio facta eſt, impuberem deceſſiſſe, vt locus ſit pupillari ſubſtitutioni, quæ fauorabilior eſt fideicommiſſo.

Contrarium reſpondit Bart. *in conſ. 56. ad fin. lib. 1.* Couuar. *lib. 2. var. reſol. c. 7. nu. 6. poſt eum alijs adductis, Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 9. n. 6. poſt Manticam, Maſcard. locis proximè citatis. Poſt Maſcar. Menoch. de præſumpt. li. 4. Præſumpt. 182. nu. 4.*

Fundamentum eſt in iuris regula. Quilibet tenetur probare, quod eſt in fundamentum

mentum ſuæ actionis, ſiue exceptionis, *l. actor, C. de probat. l. 2. ff. de probat. l. in except. ff. eodem tit.* Sed hoc eſt fundamentum actionis inſtitutæ, quòd is, cui ſubſtitutus eſt, impubes deceſſerit, vt patet; ergo ſubſtitutus id probare debet.

Ego non dubito quin hoc ſit firmiſſimum fundamentum. Contra autem vix quemquam futurum puto, qui non facilè intelligat, quàm infirmum ſit alterius ſententiæ fundamentum, quamobrem poſteriorem hanc ſententiam veriorem puto, ipſeque amplector.

Ad textum in d. l. Ex facto. §. Si quis autem: reſpondeo non obſtare, nec pertinere ad rem noſtram. Primò, quia continet ſpeciem longe diſſimilem. Secundò, quia conſtare non poterat in illa ſpecie, an prius pater mortuus fuiſſet, vel eius liberi. In quæſtione vero noſtra conſtare poteſt, an is, cui facta eſt ſubſtitutio, mortuus fuerit impubes, vel pubes. Tertiò, quia hæc præſumptio, quod quis impubes mortuus fuerit, non eſt legitima, nec veriſimilis; cùm vita hominis ſit longior plerunque, & vel centum, vel certè ſeptuaginta anni, ordinarium vitæ curſum hominis conficiant.

Caput XLVI.

Hæreditatem petens tanquam proximior in ſucceſſione inteſtati, an probare teneatur eum, de cuius hæreditate agitur, nullo condito teſtamento deceſſiſſe.

Licet hanc controuerſiam diligenter poſt antiquos & nouos interpretes ad l. Si emancipati, C. de collat. exequatur Franciſcus Mantica *de coniecturis vlt. volunt. lib. 2. tit. 1. & ante eum Couuar. lib. 2. Variarum reſol. cap. 6. nu. 5. & poſt eos Menochius de Præſum. lib. 4. Præſumpt. prima & Maſcard. de Probationibus, volum. 2. concl. 997. & volu. 3. concl.* 1352. ſpicas tamen poſt primorum meſſorum terga, & ipſe colligam nonnulla, ex quibus vera ſententia magis adiuuetur foueaturque.

Aio petentem hæreditatem probare debere ſe proximiorem eſſe defuncti, ac proinde à lege ſibi delatam hæreditatem; Nego incumbere illi probationem, teſtamentum à defuncto côditum non fuiſſe; pro huius ſententiæ confirmatione non confugio ad l. ſi emancipati. C. de collat. neque enim illa huc pertinet: nec ad vulgatum brocardicum illud [*Facta non præſumuntur*] Teſtamentum eſt quid facti. Ergo, non præſumitur: nec ad alterum: Negatiuam non coarctatam loco & tempore probari non poſſe. Tum quia his brocardicis non multum fido; tum quia in decidendis controuerſiis, vbi leges non ſuppetunt, firmam iuris rationem valere oportere iudico. Ea verò hæc eſt: Defuncti hereditas pertinet de iure ad proximiores eius, Iuſtiniano ita decernente poſt veteres legum authores in Nouella de hæred. ab inteſt. venient. §. Si verò neque fratres. Et XII. Tabularum antea conſtitutum: [*Agnatus proximus familiam habeto.*] l. Pronunciatio. §. Familiæ. ff. de verborum ſignificatione. Hanc propoſitioně nemo negat. Sed is, qui hæreditatem in hypotheſi noſtra petit, proximiorem ſe eſſe defuncti probat. Fieri autem poteſt, vt is, de cuius agitur hæreditate, teſtamentum fecerit, ac in eo hunc proximiorem hæredem non inſtituerit. At ſecundùm iuris regulas: [*Ab ea parte, qui dicit aduerſarium ſuum prohiberi ſpecialiter aliqua lege vel conſtitutione id probari oportere.*] Paulus reſpondit in l. Ab ea parte. ff. de probationibus. Ergo is, qui dicit, teſtamentum eſſe conditum, & alios hæredes inſtitutos eſſe, id probare debet, quia nihil aliud dicit, quam proximiorem hunc prohiberi propter teſtamentum hæreditatem capere. Cur enim iſte legitimus hæres probare teneretur, nullum conditum teſtamentum, cum etſi conditum eſſet, fieri tamen poſſit, (& frequentius fieri ſolet) vt in eo ſit hæres ipſe inſtitutus? Nunquid leges hoc exigunt ab actore, vt poſtquam intentionem ſuam probauerit, teneatur etiam probare, nulla exceptione excludi eam poſſe? Non hoc exigunt: ſed vt reus ſuas probet exceptiones, præcipiunt, *l. in exceptio-*

ceptionibus, ff. de probat. Ex quo apparet actori ſufficere ſuam intentionem probare: ſi enim reus exceptiones ſuas non probauerit, condemnabitur.

Argumenta contrariæ ſententiæ refert & refellit ſatis luculenter Mantica, quamobrem ipſe non refero, neque refello, ne actum agam.

CAPVT XLVII.

Ad c. Cùm eſſes, de teſtamentis.

HANC epiſtolam decretalem Alexandri tertij præclarè defendit Melchior Canus *locorum Theologicorũ lib. 6. cap. 8.* Hoc nunc non agimus, ſed iuſtam eius interpretationem inquirimus. Variæ & pugnantes ſunt Doctorum ſententiæ. Prima eſt Gloſſæ in verbo, Improbamus, epiſtolam iſtam accipiendam eſſe de teſtamentis ad pias cauſſas, iuxta eiuſdem Pontificis Maximi reſponſum in cap. ſequenti, *& ita reſpondit Fulgoſius in conſil. 29. Paulus Caſtrenſis in conſil. 431. libro ſecundo, quibus & alij acceſſerunt à Neuizano citati in conſ. 26. num. 16. & à Michaele Graſſo de ſucceſſionibus. §. Teſtamentum. quæſt. 56. in fine.*

Verum illud ipſum ſequens capitulum hanc interpretationem euertit, quoniam in eo Summus Pontifex de relictis Eccleſię loquens, diuerſam formam ſtatuit ab ea, quã ſtatuerat in d. c. Cum eſſes. Nam in c. Cum eſſes, ſic ſtatuit: *teſtamenta, quæ parochiani coram presbytero ſuo, & tribus vel duabus alijs perſonis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma eſſe.*] At in c. Relatum, ſequenti: [*Mandamus, quatenus cum aliqua cauſſa talis ad veſtrum fuerit examen deducta, eam non ſecundum leges, ſed ſecundum decretorum ſtatuta tractetis, tribus aut duobus legitimis teſtibus requiſitis.*]

Cùm itaque in relictis Eccl. duo vel tres teſtes ſufficiant ex c. Relatum. In alijs autem caſibus duo vel tres teſtes requirantur vna cum presbytero parochiali, ex c. Cum eſſes perſpicuum eſt, hoc poſtremum cap. non loqui de relictis ad pias cauſſas tantũ. & conſequenter idoneam non eſſe hanc primam interpretationem.

Secunda eſt interpretatio, quæ verſatur in altero extremo, videlicet hanc decretalem accipiendam eſſe generaliter in omnibus legatis tam pijs, quam profanis, & tam in foro ſeculari, quàm eccleſiaſtico, exploſis iuris Ciuilis ſolennitatibus, tanquam legi Diuinæ aduerſantibus, quæ dicit: [*In ore duorum vel trium ſtet omne verbum.*] Et ideo non valeant Ciuiles leges, quæ ſeptem teſtes requirunt in teſtamentis. *Ita Hoſtienſ. Anton. Butrio, & Abbas in d. c. Cum eſſes. Alciat. in l. 1. in verb. libet ſic ſtylus, C. de ſacroſanct. Eccleſ.*

Refellitur hæc ſententia à Couuar. *in relect. d. c. Cum eſſes.* quia dum lex diuina duorum vel trium teſtimonium approbat, indicat non ſufficere vnius teſtimonium, non autem prohibet plures, quàm duos vel tres adhiberi, ſi ita reipublicæ expedire pro qualitate cauſſæ videatur, & hoc eſt, quod textus docet in c. Licet vniuerſis, de teſtibus, ſic dicens: [*Licet quædam ſint cauſſæ, quæ plures, quam duos exigant teſtes, nulla tamen eſt cauſſa, quæ vnius teſtimonio, quamuis legitimo, terminetur.*]

Tertia eſt ſententia Alciati *in cap. Nouit. de iudic. num. 47.* hanc epiſtolam locum habere in foro conſcientiæ, non autem in foro iudiciali: Pro confirmatione huius ſententiæ perpendit primo verba illa textus: Penitus reſcinduntur. Viſum enim eſt Pontifici Maximo iniquum eſſe, vt teſtamenta abſque iuris Ciuilis ſolennitate penitus reſcinderentur, quia debebant ſuſtineri ſaltem per denunciationem Euangelicam, de qua in c. Nouit. de iudicijs. quando veniens ab inteſtato haberet conſcientiam læſam. Secundò, rationem illam ex lege diuina: [*In ore duorum vel trium ſtat omne verbum. Quæ ratio*, inquit, *fuit introducta, quo ad forum conſcientiæ.*] vt apparet in Euangelio. Tertio, Alciatus animaduertit, Summum Pontificem præſupponere, talem in eo Epiſcopatu conſuetudinem fuiſſe, vt teſtamenta reſcinderentur, niſi cùm ſubſcriptione ſeptem, vel quinque teſtium fierent; ergo Summus Pontifex loquitur de foro conſcientiæ: non autem de foro contentioſo: quia in foro

contentioſo talia teſtamenta non per conſuetudinem, ſed per legem reſciſſa fuiſſent *l. ſi vnus. C. de teſtam.*

Non placet hæc interpretatio, quia ſummus Pontifex aperte ibi decernit, teſtamenta, quæ parochiani coram presbytero ſuo, & tribus, vel duabus alijs perſonis idoneis fecerint firma permanere: [*Et ſub interminatione anathematis prohibet, ne quis huiuſmodi audeat reſcindere teſtamenta.*] Ergo, nemo poterit etiam in foro externo & contentioſo aliter pronunciare, quàm ſit à Pontifice conſtitutum. Nec obſtant illa verba, penitus reſcinduntur, quia hoc vult dicere Summus Pontifex, talia teſtamenta reſcindi non debere, ſed firma permanere, vt in verbis ſequentibus poſtea decernit. Nec illa ratio: quia in ore duorum &c. pertinet ad forum duntaxat conſcientiæ: ſed etiam ad forum contentioſum, & externum: quia duo teſtes vel tres regulariter ſufficiunt, *c. Forum, §. In omni quoque negotio, de verborum ſignificatione, leg. vbi numerus, ff. de teſtibus.* licet in teſtamentis & vltimis voluntatibus ob iuſtas cauſſas non ſufficiant ſecundùm leges.

Quod vero Summus Pontifex illam cōſuetudinem Hoſt. Eccleſiæ reprehendat, & per eam teſtamenta infirmari præſupponat, nihil mouet, quoniam abſque vlla hæſitatione dicendum eſt, conſuetudinem illam iuri conſentaneam fuiſſe, quod ex verbis text. patet, dum ait: [*Secundum quod leges humanæ decernunt.*]

Poſtrema eſt interpretatio vera, communis, & vſu recepta, & ideo amplectenda: Summi Pontificis epiſtolam intelligendam eſſe, vt locum habeat in quibuſcunque teſtamentis, & etiam in foro contentioſo, tam Eccleſiaſtico, quàm ſeculari: ſed quantum ad forum ſeculare in ditione Summi Pontificis tantum, in qua ius Canonicum ſeruandum eſt, ſaluis iuris Cæſarei ſolennibus in teſtamento adhibendis, & legibus ea de re loquentibus, in foro Cæſaris ſuum obtinentibus vigorem. Hæc interpretatio eſt conſentanea verbis textus, rationi conueniens, & nihil ei obſtare poteſt. Nam Summus Pontifex ſuis in vtroq; foro ſubditis ferebat leges, Hoſtienſibus nempe ciuibus: ideo legem ciuilem, qua Imperatores in regionibus ſuis vtuntur, improbare noluit: ſed iudices etiam laicos in Eccleſiæ patrimonio, non ſecundùm Imperatorum leges, ſed ſecundùm ſtatuta Canonum de teſtamentis iudicare. Nec enim æquum eſſe cenſuit, vt in rebus temporarijs adiudicandis tam ſoliciti eſſent Canones, quàm ſunt leges, honeſtiusque eſſe indicauit, in ciuitatibus & oppidis, quæ in Eccleſiæ iure ac dominio ſunt, non legis Ciuilis, ſed Canonum conſuetudinem obſeruari. *Vide Couuar. in d. c. Cum eſſes. Clarum, §. Teſtam. q. 57. Maſcardum de probat. volum. 3. concluſ. 1352. num. 27.*

CAPVT XLVIII.

Hæres an præſumatur habere notitiam teſtamenti, poſtquam hæreditati ſe immiſcuit.

CELEBRIS eſt diſtinctio Bartoli inter ſuos & extraneos hæredes, vt extranei notitiam habere præſumendi ſint teſtamenti à defuncto conditi: ſui autem hæredes, haudquaquam: ita ille docet *in l. eius qui in prouincia, in 5. notab. ff. ſi certum petatur. & in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, in 3. quæſtione, ff. de verborum obligatione, & alibi. Alexand. in d. §. Duo fratres. num. 53. & ibidem Ripa, Crot. Iaſon in dicta l. Eius qui, num. 4. Cagnolus ad l. Qui in alterius, num. 12. de reg. iuris, quam diſtinctionem impugnarunt Fulgoſius, Paulus Caſtrenſis, Crauetta, & alij, quos commemorat Rolànd. à Valle, in conſil. 36. lib. 2. Maſcar. de probat. volum. 2. concl. 780. & concluſ. 849. Ioſeph. Ludouic. deciſ. Peruſina 19. in 1. parte.* & iſti late & copioſe adferunt authores, qui Bartoli ſententiam ſecuti ſunt, eam communiorem eſſe profitentes, qua de re, non tam ipſe ſolicitus ſum, quàm vtra ex dictis ſententijs iuri magis conſona videatur.

Pro Bartoli diſtinctione, quantum ad ſuos hæredes attinet, pugnare videtur regula iuris: Ignorantia præſumitur, niſi probetur ſcientia, *l. Verius, ff. de probatio. c. ignorantia, de reg. iur. lib. 6.* Deinde ratio illa quod

quod cùm ipſo iure hæredes ſint, *l. 3, C. de iure delib. §. Sui. in Inſtit. de hæred. qualit. & differ.* ſiue teſtamentum cōditum ſit, ſiue inteſtatus parens deceſſerit, neceſſe non eſt vt teſtamentum inſpiciant: & ideo nulla eſt cauſa, cur præſumere debeamus ipſos notitiam habuiſſe teſtamenti conditi.

Quantum vero ad extraneos attinet, quoniam hæredes non poſſunt eſſe aliter, quàm ex teſtamento, neceſſe eſt, vt ſciant hæreditatem ex teſtamento delatam eſſe, atque adeo ſe inſtitutos hæredes. Quare cum viderimus eos immiſcuiſſe ſe hæreditati, & pro hæredibus ſe geſſiſſe; in conſequentiam quaſi neceſſariam exiſtimare debemus, eos notitiam teſtamenti habuiſſe.

Pro contraria autem ſententia hoc argumentum adfertur. Sui hæredes beneficium habent abſtinendi, *§. Sed his prætor. in Inſtit. de hæred. qualit. & differ.* Quamobrem eſt perinde, ac ſi liberum arbitrium àdeundæ hæreditatis haberent, *l. Nam & emancipatus, de leg. 1.* Ergo ipſo iure ſunt hæredes non magis, quàm emancipati vel extranei. Et ſicut clauſis tabulis teſtamenti ſui poſſunt hæreditatem adire, *l. 3. C. de iure delib.* ita etiam & extranei, *l. Vn. §. In nouiſſimo. C. de cad. tollend.* Quare non videtur inter ſuos & extraneos, quantum ad hunc effectum attinet, conſtituenda differentia.

Reſpondet Alexander in l. Qui Romæ, §. Duo fratres, poſt num. 53. ff. de verb. oblig. [*Si quæratur, an ad hoc, vt per immixtionem fiat filius in poteſtate cum effectu hæres, adeo quòd poſſit conueniri à creditoribus hæreditarijs, & quoad alios effectus, quos non operatur ſola exiſtentia ſuitatis: & verum eſt, quod ad talem effectualem immixtionem requiritur illa eadem notitia teſtamenti, quæ requiritur in emancipato, vel in extraneo. Aut ſolum quærimus, an eo ipſo, quod filius in poteſtate confitetur ſe ſimpliciter hæredem, etiam abſque eo, quod dicat ex teſtamento vel ab inteſtato: vel vbi non apparet, quod dixerit ſe hæredē, aliquo modo præſumatur habere ſcientiam contentorum in teſtamento: & ſic non poſſit poſtea allegare ſe ignoraſſe contenta in teſtamento, & tunc dicendum eſt, quod non præſumitur ſcientia.*] Hactenus Alexander.

Sed certe Doctores loquuntur, quantum ad effectualem immixtionem, vt ipſe loquitur, verbi gratia, ſi quid hæres fecerit, promiſerit, dixerit, tanquam hæres: & dicunt non præſumi notitiam contentorum in teſtamento, & fideicommiſſorum habuiſſe, ſi ſit ſuus, puta per diuiſionem hæreditatis factam, quæ ſine dubio fit poſt immixtionem: & tamen dicunt renunciatum fideicommiſſo non cenſeri; quia non præſumitur hęres ſuus notitiam habuiſſe fideicommiſſi.

Ego in hac cōtrouerſia ſic ſtatuo, ſi clauſis tabulis teſtamenti adeatur hæreditas, prout adiri poſſe conſtitutum eſt *in d. l. Vn. § in nouiſſimo. C. de cad. toll.* tam in ſuis hæredibus, quàm in extraneis ignorantiam contentorum in teſtamento præſumendam eſſe: quia cum tabulæ ſint clauſæ, teſtamenti tenor proculdubio ignoratur.

Cæterum, ſi non clauſę proponantur tabulæ teſtamenti, puto ſcientiam præſumi, quia non poteſt hæreditas adiri, quantum ad hoc, vt oneribus hæreditarijs obligetur hæres (in quibus terminis hæc quæſtio accipienda eſt) niſi hęres ſciat an ab inteſtato, vel ex teſtamento fuerit delata: Item an pure, vel ſub conditione inſtitutus fuerit. Moueor ex l. 22. ff. de acquir. hæred. Paulus: [*Nā vt quis pro hærede gerendo obſtringat ſe hæreditati, ſcire debet, qua ex cauſa hæreditas ad eum pertineat, veluti agnatus proximus iuſto teſtamēto ſcriptus hæres, antequam tabulæ proferantur, cum exiſtimaret inteſtato patremfamil. mortuum, quamuis omnia pro domino fecerit, hæres tamen non erit.* Et ex l. 32. ff. eo. tit. Vlpianus: *Sed et ſi ſcit, hæres, ſe hæredem inſtitutum, ſed vtrùm pure, an ſub conditione ignoret, non poterit adire hæreditatem, licet pure hæres inſtitutus ſit, vel ſub conditione, & paruerit conditioni.*].

Si ergo adiri non poteſt hæreditas, niſi cognito tenore teſtamenti, nec antequam tabulæ teſtamenti proferantur, ſequitur dicendum, ſi fuerit adita hæreditas, & hæres ſe obſtrinxerit ad aliquid faciendum, præſumendum eſſe (ſi dicamus valere geſta ab hærede) ipſum cognouiſſe, ex qua cauſſa ſibi delata ſit hæreditas, & quomòdo hæres inſtitutus fuerit, & conſequenter teſtamenti notitiam habuiſſe: Neque enim veriſimi-

le eſt eum, qui vnam partem teſtamenti vidit reliquas partes ignorare.

CAPVT XLIX.

An hæreditas repudiata eſſe intelligatur, cùm quis dixit, ſe nolle hæreditatem adire.

SI quis dixerit, ſe nolle hæreditatem adire: controuerſia eſt, an videatur hęreditatem repudiare, *vt videre licet ex Gloſſ. & Doctoribus ad l. Qui ſe patris. C. vnde liberi. tam antiquis quam recentioribus: & præterea ex Mantica de coniecturis vlt. volunt. lib. 12. tit. 14. Maſcardo de probat. vol. 2. conc.* 833 *Menochio de Præſumpt. lib.* 4. *Præſumpt.* 102. *num.* 5. Mihi & verborum naturam, & eorum vſum apud Iuriſconſultos intuenti, probabilior eorum ſententia videtur, qui dixerunt huiuſmodi verbis repudiationem ſignificari. Nam negari non poteſt, quin horum verborum ea ſit vis, & ſignificatio, quod quis nolit hæres eſſe, & hæreditatem acceptare, cõſequenter quod hæreditatem repudiet, & habere nolit. Et cùm Paulus dicat: [*Recuſari hæreditas non tantum verbis, ſed etiam re poteſt; & alio quouis indicio voluntatis.*] l. Recuſari. ff. de acq. hæred. non video, quod ſit maius indicium voluntatis, quàm ſi quis dicat, ſe nolle hæredem eſſe, vel hæreditatem adire.

Sed Iuriſconſultos audiamus, & verborum, & rerum optimos magiſtros. Paulus: [*Filius, qui ſe nolle adire hæreditatem matris dixerit, an poſſit, mutata voluntate adire, antequã conſanguineus vel agnatus adierit, videndum, propter hæc verba: Si nemo filiorum volet hæreditatem ſuſcipere, quia extenſiua ſunt: & cum verba extenſiua ſint pœnitentia eius, vſq; ad annum amittenda eſt, &c.*] l. Filij. §. 9. ff. ad Tertyl.

Vlpianus: [*Si nemo filiorum, eorumve, quibus ſimul legitima hæreditas defertur, volet ad ſe eã hæreditatem pertinere, ius antiquum eſto. Hoc ideo dicitur, vt quamdiu vel vnus filius vult legitimã hæreditatem ad ſe pertinere, ius vetus locum non habeat. Itaque ſi ex duobus alter adierit, alter repudiauerit hæreditatem, ei portio adcreſcet.*] l. 1. §. Si nemo. ff. ad Tertyl.

Vides quod dictum eſt: [*Si nemo volet ad ſe hæreditatem pertinere,*] idem eſſe quod repudiare.

Vlpianus in l. 1. §. Qui ſemel. ff. de ſucceſſ. edicto. [*Qui ſemel noluit bonorum poſſeſſionem petere, perdidit ius eius, etſi tempora largiantur. Vbi enim noluit, iam cepit ad alios pertinere bonorum poſſeſſio, aut fiſcum inuitare.* Idem Vlpianus, paulò infra: *Quibus ex edicto bonorum poſſeſſio dari poteſt, ſi quis eorũ aut dari ſibi noluerit, aut in diebus ſtatutis non admiſerit: tunc cæteris bonorum poſſeſſio perinde competit, ac ſi prior ex eo numero non fuerit.*]

Et quid eſt, quod ſcribit idem Vlpianus. l. Nolle, ff. de acquir. hæred. [*Nolle adire hæreditatẽ non videtur, qui non poteſt adire?*] Niſi dicamus nolle adire hæreditatem, perinde valere, atque ipſam hęreditatem repudiare. Et quia is repudiare poteſt, qui poteſt acquirere. l. Is poteſt. ff. eo. tit. recte colligi eum nõ videri nolle adire, hoc eſt, repudiare hæreditatem qui non poteſt adire.

Denique huc etiam pertinet, quod ſcribit Paulus in l. In plurium, §. vltim. ff. de acquir. hæred. [*Et ideo dicendum eſt, & in eo caſu, ſi reſpondit, neutram hæreditatem ad ſe velle pertinere, bona defuncti à creditoribus poſſidenda ſunt.*] Item quod reſpondit Vlpianus in l. Si ſeruum. §. ſi quis ſuus, ff. eo. tit. [*Si quis ſuus ſe dicit retinere hæreditatem nolle, aliquid autem ex hæreditate amouerit, abſtinendi beneficium nõ habet.* Et l. Filium. 60. ff. eod. ibi: *Nam filius emancipatus cum hæreditatem teſtamento datam, ad ſe pertinere noluit, continuo ad ſubſtitutum hæredem tranſit.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, non hoc decidi his legibus & reſponſis, quod illa verba: *Nolo hæreditatem adire*, repudiationem ſignificent, ſed præſupponi hæreditatem repudiari, & de repudiationis effectu diſputari, & reſponderi. Sed hoc ego contendo, verba illa ita à Iuriſconſultis vſurpari, vt ſignificent hæreditatis repudiationem, atque idem eſſe I.C. repudiare, & nolle adire hæreditatem, quod ſanè negari non poteſt.

Quod vero dicunt pro contrariæ ſententiæ fundamento, hęc verba: Nolo adire hæreditatem, Nolo hæres eſſe, accipi etiam poſſe de eo hærede, qui deliberare velit,

velit, quaſi nondum deliberauerit, non tamen abſolutè velit, hæreditatem repudiare, nihil mouet. Poteſt enim huic rectè obijci, vt ſententiam quidem ſuam retineat, ſed alijs vtatur verbis: Nondum decreui hæreditatem adire. Nondum adeo, Deliberabo. Hæc verba non ſignificant repudiationem, & ad hæredē deliberare volentem pertinere, non autem illa: Nolo hæreditatem adire, neque enim includunt animum deliberandi, ſed voluntatem indicant ab hæreditate adeunda alienam, quod voluntatis indicium ſufficit ad repudiationem inducendam ad l. Recuſari. ff. de acquir. hæred.

Quæ verò adferuntur leges pro huius ſententiæ confirmatione; confutatione nō egent, nihil enim iuuant eam ſententiam, *l. Nonnunquam. ff. de collat. bonor. l. Celſus. §. vlt. cum l. ſeq ff. de recept. arb. l. Quia poterat. ff. ad Trebell.* & ſi quæ ſunt aliæ, nihil iuuant eam ſententiam, vt quilibet videre poteſt, imò ex l. Quia poterat, contrarium ſumi poteſt argumentum, ex illis verbis: [*Quia poterat fieri, & hæres inſtitutus nolit adire hæreditatem, &c.*] Nolit adire, id eſt, repudiare: ideo cogi poteſt à fideicommiſſario, vt ibi dicitur.

Capvt L.

His verbis: Volo hæreditatem adire, an cenſeatur adita hæreditas?

NOn cenſeri aditam hæreditatem his verbis ab hærede prolatis: *Volo hæreditatem adire*, ſcriptum reliquerunt multi, ijq́; grauiſſimi, authores, nonnullis tamen moderationibus adhibitis. Bartolus, *in l. Gerit, num. 10. ff. de acquir. hæred* Menochius *alios citans de arbitrarijs iudicum, caſu 496. nu. 21. & nouiſſime de præſumpt. libr. 4. præſumpt. 100. num. 10.* Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib 12. tit. 11.* Mascardus *de Probationibus, vol. 1. concl. 41. num 5.*

Fundamentum eſt, quia non hæc videtur eſſe mens proferentis eiuſmodi verba, vt nunc hæreditatem adeat, ſed eiuſmodi verbis ſignificat ſe adire velle, ſcilicet alio tempore, ſicut cùm quis dicit; *Ego volo eligere, teſtari, ire, agere*, non tunc eligit, nec teſtatur, ſed in tempus futurum ſuam refert diſpoſitionem.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus & Aretinus *in d. l. Gerit*. Regulariter ex ijs verbis aditionem hæreditatis induci affirmantes, quibus me ſocium adſcribo. Etenim latum mihi videtur eſſe diſcrimen inter aditionem hæreditatis, & alios actus, qui pro ſimilibus adferri ſolent. Nā, verbi gratia, actus teſtandi non expeditur per ſolam & nudam voluntatem, quam quis habet teſtamentum faciendi: ſed neceſſe eſt, vt ad rem ipſam, nempe ad teſtamenti confectionem procedat & cum effectu teſtetur. Sic & electio ſola voluntate non fit, ſed requirit actum ipſum. Et ſi quis dicat, volo relinquere, & ſimilia, requirunt iſta factum ipſum, & actum apparentem & realem. Verùm hæreditatis aditio non eſt huiuſmodi, ſed nuda voluntate expeditur. Paulus: [*Gerit pro hærede; qui animo agnoſcit ſucceſſionem*,] l. Gerit. ff. de acquirenda hæreditate, l. Si auia, ibi: *Et ſola animi deſtinatione pater tuus hæres fieri poterat*, C. de iure delib. Iuſtinianus in §. vlt in Inſtitut. de hæredum qualit. & diff. *Poteſt aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate hæres fieri*. Quare ſi quis dicat: *Volo hæreditatem adire*, videtur mihi ſatis clarè ſuam voluntatem exprimere, & quia nuda voluntas ſufficit, videtur eo ipſo hæreditatem adire, & agnoſcere. Id fatentur Doctores contrariæ ſententiæ, ſi quis dicat: *Volo hæres eſſe*, ex l. Iam dubitari. ff. de acquirenda hæred. Quæ igitur hæc eſt ſubtilitas, id negare, cùm quis dicit: *Volo hæreditatem adire*? Profectò hæc non differunt: qui enim vult hæres eſſe, vult hæreditatem adire, & è contrario, qui vult hæreditatem adire, vult quoque hæres eſſe.

Denique, ſi vera eſt ea ſententia, quam in capite præcedenti poſui, atque defendi illa verba: *Nolo adire hæreditatem*, repudiationem indicare, non intelligo, cur & hæc ſententia vera non ſit, verba iſta, *Volo adire hæreditatē* aditionem importare, eaq́; ſignificare. Aditio enim, & repudiatio ijſdem regulis conſiſtunt, §. vlt. in Inſtit. de hæredum

dum qual. & diff. ibi:] *Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit, ita contraria deſtinatione ſtatim ab hereditate repellitur.*] & idem probat lex. Sicut C. de repud. hæred.

Excipio ſpeciem illam, in qua manifeſtè apparet, eum, qui dicit, *Volo hereditatem adire*, non habuiſſe animum tunc adeundi, quod vix arbitror accidere poſſe, niſi quoties conditione annexa proferuntur illa verba, puta: Volo hæreditatem adire, ſi prius inuentarium fecero, eius vires cognouero, ſi hoc vel illud erit. Alioqui certè mihi videntur illa verba tam apertè animum adeundi, & deſtinationem voluntatemque ſignificare, vt vix dubitandi mihi locus videatur, licèt contraria ſententia magnos habeat propugnatores.

Capvt LI.

Aditio hereditatis an ex eo inducatur, quod debita quis non ſoluerit?

Sit hæc facti ſpecies. Paterfamil. dotem ab vxore accepit, ex ea liberos ſuſcepit; Vxor moritur, liberis infantibus relictis, ſi non reſtituerit dotem acceptam, videtur filiorum nomine matris hæreditatem adire, *iuxta l. ſi infanti, C. de iure deliber.* Similiter ſi liberi grandiores natu dotem matris defunctæ (patre quoque mortuo) non reſtituant, videntur matris hæreditatem adire. ita docuit Bart, *in l. Gerit, num.* 28 *ff. de acquir. hereditate.* id ita ſibi locum vindicare dicens, ſi filij ipſi ex hoc ſe hæreditatem adiuiſſe allegauerint, non ſi alij, aditæ ab eis hæreditatis inde argumentum attulerint. Bartolum ſecuti ſunt quam plurimi apud Manticam *de coniecturis vltimar. volunt. lib.* 12. *tit.* 13. & apud Menochium *de præſumpt. lib.* 4. *præſumpt. c.* 1. *num.* 89.

Sed contrarium multi docuerunt, Baldus *in l.* 1. *num.* 40. C. *Qui admitti & alibi ſæpe.* Salicetus *in l. Cum antiquioribus, nu.* 3. *C. de iure del.* Aretinus *ad l. Gerit, num.* 5. Zaſius *in l. Etſi contra tabulas, in fin. ff. de vulg. & pupillari.*

Argumenta prioris ſententiæ hæc ſunt. Primum eſt ex l. Recuſari. ff. de acquirenda hæreditate, Paulus: [*Recuſari hereditas nō tantum verbis, ſed etiam re poteſt, & alio quouis indicio voluntatis.*] Exemplum attulit Iacobus de Arena, cū quis negligit res hæreditarias, & patitur eas interire; & ſic ex non facto, vt Doctores loquuntur, induci poteſt repudiatio: ergo ſimiliter & aditio, quia ijſdem regulis conſiſtunt, *l. Sicut C. de repud. hered. §. vlt. in Inſt. de hered. qualit. & diff.*

Hoc argumentum ideo nullius momenti mihi videtur. quod vt maxime verum eſſe proponatur, ijſdem regulis aditionem ac repudiationem conſiſtere, & ex non facto, ſiue ex negligentia repudiationem induci: nō tamen inde efficitur, ex negligentia, ſiue non ex facto, quo de agitur, induci. Non enim ex omni negligentia induci poſſe, vel aditionem, vel repudiationem, probatur, ſed ex ea, quæ indicat animum repudiandi: quamobrem probandum eſt, hanc, qua de agimus, negligentiam animum adeundi indicare.

Secundum argumentum eſt ex l. vlt. §. Sin autem aliquis. C. de iure deliber. Iuſtinianus: [*Vt ſciāt omnes, quod omnimodo poſt petitā deliberationem, ſi adierint, vel pro herede geſſerint, aut non recuſauerint hereditatem, omnibus in ſolidum hereditarijs oneribus teneantur. Si quis autem temerario propoſito deliberationem quidem petierit, inuentarium autem minime conſcripſerit: & vel adierit hereditatem, vel minime eam repudiauerit, non ſolum creditoribus in ſolidū teneatur, ſed etiam legis falcidiæ beneficio minime vtatur.*]

His verbis patet, aditionem hæreditatis induci, & probari ex eo, quod quis poſt tempus ſibi datum ad deliberandum, eam non repudiat, ſiue enim adierit, ſiue non recuſauerit hæreditatem, hæreditarijs oneribus tenetur: & ſic adiuiſſe hæreditatem intelligitur.

Hoc argumentum nihil ad rem pertinet quia tempus ad deliberandum conceditur vt vel hæreditas adeatur, vel repudietur: ſi ergo lapſum fuerit tempus, & hæreditas repudiata non fuerit, merito adita eſſe videtur: quæ res quàm longo à quæſtione propoſita diſtet interuallo, nemo non intelligere poteſt. Neque enim in ſpecie noſtra certum tempus ad deliberandum hæredi conceditur, an velit adire, vel

repu-

repudiare. Quare etſi textus iſte à Bartolo rectè allegatus ſit: [*quando, ſcilicet, ad petitionem creditorum aſſignatus eſt terminus heredi ad adeundum, vel repudiandum, & intra terminum nihil facit,*] non tam rectè applicatur ad quæſtiones & exempla, quæ poſtea ipſe Bartolus proponit, in quibus non ita terminus hæredi eſt aſſignatus ad adeundam, vel repudiandam hæreditatem, & in his noſtra verſatur in præſenti diſputatio, quare nihil ad eam argumentum allatum pertinere, manifeſtum eſt.

Tertium argumentum eſt. Debitor adueniente die tenetur ſoluere, *l. Magnam. C. de contrahen. & commit. ſtip.* ſi non ſoluat, dicitur eſſe in mora. Sed mora eſt delictum, *l. Quod te. ff. ſi cert. pet. l. Qui ſine, de reg. iur. l. Omne delictum. ff. de milit.* Delictum autem non præſumitur, *l. Meritò. ff. pro ſocio.* Ergo in dubio præſumere oportet hæredem, eundemque debitorem ideo non ſoluiſſe debitum, quoniam hæreditatem adire voluerit; quo caſu debitum ipſum extinguitur.

Sed hoc argumentum ita confectum, non admodum eſt forte; primò, quia negari poteſt moram eſſe delictum; eſt quidem culpa negligentiave, ſed non delictum, & loquimur de mora in ſoluendo debito commiſſa, non de militis ſegnitia, contumacia, vel deſidia, de qua loquitur text. *in d. l. Omne delictum. ff. de re milita.* Illa enim meritò punitur; quia eſt contra diſciplinam militarem, vt ibi dicitur. Secundò, quia debitor, qui non ſoluit, à culpa excuſatur hoc in caſu, cùm nullus hæres eſſet, cui ſolueret, *l. Pecuniæ. ff. de vſuris. §. vltim. ibi. Si tamen poſt mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia ſolueretur, eius temporis inculpatam eſſe moram conſtitit.*

Poſtremum argumentum eſt huiuſmodi: Sicut hæreditas aditur ſolo animo, qualiſcunque fuerit declaratus, *l. Pro hærede, l. Geru. ff. de acquir. hæred.* Ita etiam peculium ſeruo adimitur nuda voluntate, *l. Non ſtatim. ff de peculio.* Sed ſi dominus eſt debitor ſerui, & non ſoluit, in dubio creditor illud de peculio adimere, ſeu diminuere voluiſſe, *l. Peculium. §. Sicut. ff. de peculio leg.* Ergo ſic, & in propoſito caſu, ſi debitor non ſoluit, probabilis eſt coniectura, eum voluiſſe adire hæreditatem.

Sed longè hæc diſtant, & valdè diſſimilia ſunt. Peculium, Dominus, ademptio, hæreditas. Hæres, non ſolutio debiti, hæreditatis aditio. Quare argumentum proculdubio ſatis firmum & ſolidum non eſt; & ipſum retuliſſe, confutaſſe eſt.

Sed & poſterioris ſententiæ argumenta non ſatis firma ſunt. Adfertur enim l. Cum antiquioribus. C. de iure delib. vt ex ea probetur, in adeunda hæreditate factum requiri, propter verbum *geſſerit,* quod argumentum nullius eſt argumenti, cùm ex nuda voluntate aditio indueatur, *§. vltim. Inſtitut. de hæred. qual. & diff. Item l. Non hoc. C. vnde legitim.* quæ nihil facit propter illa verba: acquirendæ ſibi hæreditatis. Item l. Si filius, *C. de petit. hæred.* vbi aditio præſumitur ex longi temporis Patientia; ſed non rectè ex eo licet argumentari, aditionem non induci, licet longum tempus non prætererit, ſi alia adſint voluntatis eius adeundæ argumenta atque indicia. Et quædam aliæ adferuntur leges, quæ nullum præſtant probabile argumentum. Illud nonnihil vrgere videtur, aditionem præſumendam non eſſe in dubio hærede tacente, ne videatur ſe oneribus hæreditarijs obligare, *argument. l. Inuitus. ff. de pro.* & eius quod vulgò dicitur: tacentem non videri conſentire in ſui præiudicium, *l. qui vas. §. Vetare. ff. de furtis, cum alijs ſimilib. c. Qui tacet, de regul. iur. lib. 6.*

Mihi tamen diligenter totam hanc diſputationem mente agitanti, prior ſententia veriſſima videtur. Nam omiſſa nimia quadam iuris ſubtilitate, quæ plerumque pernitioſa eſt, ipſam iuſtitiam, æquitatem, veritatem conſiderandam arbitror; Tum quod rationi magis conſentaneum eſt, & veritati magis proximè accedit, veriſimiliuſque & probabilius videtur, nobis hæc ſpecies proponitur. Filij vocantur ad matris defunctæ hæreditatem; aut eam adire debent, aut repudiare. Si repudiare volunt, illa defertur proximioribus, ſecundùm ordinem edicti ſucceſſorij, quibus ipſi filij bona materna, tanquam hæredibus,

ſcilicet dotem, & ſi qua ſunt alia bona, reſtituere tenentur. Si adire velint, omnia bona materna conſequuntur, & iuſtiſſimè retinent. Iam nobis non conſtat, an voluerint adire, vel repudiare; ſed conſtat eos nemini bona materna reſtituiſſe lapſo iam tempore, quod legibus ad dotem reſtituendam hæredibus vxoris conſtitutum eſt. Hic alterum ex duobus præſumere debemus, eos vel adiuiſſe hæreditatem, vel repudiaſſe: Si præſumamus eos repudiaſſe, multa ex hoc incommoda oriuntur. Primum eſt, quod dicere cogimur filios iniuſtè bona materna retinuiſſe, cum alijs legitimis hæredibus ea reſtituere deberent, ſecundùm quod ſuam hanc repudiandi voluntatem iniuſtè occultauerint, & non manifeſtauerint; tenebantur enim repudiare palàm, vt cęteris adeundi hæreditatem poteſtas eſſet, ipſis recuſantibus. Tertium eſt, quòd non ſit veriſimile, ſi filij repudiaſſent, alios defuturos hæredes qui adiuiſſent hæreditatem; aut ſimiliter eam repudiaſſent. Si verò præſumamus filios adiuiſſe, omnia incommoda ceſſant, & res vero ſimilis, & rationi conſona videtur. Nam ſi filij ſunt, meritò ſunt hæredes. Iſti maximè præſumuntur; quia bona materna retinuerunt. Cur matris hæreditatem repudiaſſent, retinendo dotem? non expreſsè eam recuſando, non dotem offerendo, alijs, qui ad hæreditatem vocantur, deponendo? Si igitur hæc præſumptio locum habeat, ceſſat omnis iniuſtitia; & id quod naturæ, rationi, veritati maximè conſentit, aſſeritur. Si contraria præſumptio præferatur, filios iniquos iudicamus aliena retinentes; hæreditatem iacuiſſe; & à nemine aditam fuiſſe fateri cogimur, quid plura; à veritate, à ratione, ab æquitate diſcedimus nimiam iuris ſubtilitatem ſequentes. Multa huc adferre poſſem ad oſtendendum ex generalibus doctorum regulis præferendam hanc, quam ſequimur, interpretationem, ſed quia πεολύταις hæc ſcribo, non dupondijs, notiſſima referre ſuperſedeo.

CAPVT LII.

Aditio hæreditatis an ex fructuum perceptione inducatur.

NON cenſeri aditam hæreditatem ex eo, quod is, cui delata eſt, (id non ignorans) fructus ex rebus hæreditarijs perceperit, ſed ſtandum eſſe ipſius hæredis declarationi, Bartolus docet *in l. Gerit, num. 24.* quem ſequi videtur Ruinus *in conſil. 113. numer. 4. lib. 3.* & Menochius *de præſumpt. lib. 4. præſumpt. cap. 1. num. 1. num. 71.* quibus ego non aſſentior. Fundamentum enim ponunt in l. Pro hærede. §. Seruos. ff. de acquir. hæred. quæ lex eam ſententiam nihil iuuat. Verba eius hæc ſunt: [*Seruos hæreditarios pauit (hæres) iumenta, aut pauit, aut diſtraxit; ſi hoc, vt hæres geſsit; pro hærede, aut ſi non, vt hæres, ſed vt cuſtodiat: aut putauit ſua, aut dum deliberat, quod fecit, conſulens, vt ſalua ſint res hæreditariæ, ſi fortè ei non placuerit, pro hærede gerere: apparet non videri pro hærede geſsiſſe: Proinde, etſi fundos, aut ædes locauit, vel fulſit, vel quid aliud fecit, non hoc animo, quaſi pro hærede gereret, ſed & dum ei, qui ſubſtitutus eſt, vel ab inteſtato hæres exiturus proſpicit: aut res tempore perituras diſtraxit, in ea cauſa eſt, vt pro hærede non geſſerit: quia non hoc animo fuerit.*]

Hæc lex Vlpiani ideo non iuuat Bartoli ſententiam, quia loquitur de eo, qui hæc fecit non eo animo, vt pro hærede gereret; Sed nos loquimur in dubio, cùm videlicet non conſtat, hæredem animum non habuiſſe pro hærede gerendi, ſed incertum eſt, & hoc in caſu videtur præſumendum hæredem ea feciſſe animo adeundi, & gerendi ſe pro hærede. Id ex Vlpian. in eadem lege non obſcurè colligitur in verbis præcedentibus, dum ita ſcribit: [*Et ideo ſolent teſtari liberi, qui neceſſarij exiſtunt, non animo hæredis ſe gerere, quæ gerunt: ſed aut pietatis, aut cuſtodiæ cauſa, aut pro ſuo, &c.*]

Hæc igitur proteſtatio operatur, vt non præſumatur hæres animo adeundi hæreditatem, ea quæ ſequuntur in eadem lege geſſiſſe, ex quo rectè inferri videtur ex factis iſtis adeundæ hæreditatis animum præſumi; alioquin ſuperflua proteſtatio eſſet. Et hæc ſententia, quod ex fructuum perceptio-

ptione arguatur aditio hæreditatis euidenti argumento, vera eſſe demonſtratur. Nam certum eſt ex fructuum perceptione poſſeſſionem probari, *l. Titia. ff. de ſolutio. latiſſimè id probat Maſcardus de probationibus, volum. 3. concluſ.* 1183. Ergo hæres fructus percipiendo dicitur res hæreditarias poſſidere. Sed non poteſt res hæreditarias iuſtè poſſidere, niſi pro hærede ſe gerat. Nullam enim aliam cauſam eum habere poſſidendi ſupponendum eſt: Ergo præſumere debemus eum iniuſtè poſſediſſe. Hoc autem eſt abſurdum; quia cùm poteſt alia coniectura ſumi, ceſſare debet illa, quæ dolum includit, ſecundùm regulas vulgares.

Dices poſſe capi coniectutam, eum cuſtodię cauſa fructus percepiſſe, velut ſubſtitutio, aut hæredibus alijs proſpiceret. Reſpondeo, proteſtationem requiri, vt locum habeat hæc coniectura, qua ſcilicet declaret, hæres ſe cuſtodiæ cauſa id feciſſe, vel aliam ob cauſam, *argum. d. l. Pro hæred. in illis verbis: Vt ideo ſolent teſtari liberi, &c.*

Nulla facta ab hærede proteſtatione, præſumi debet ſuo nomine potiùs quàm alieno fructus collegiſſe. Id enim eſt magis vero ſimile, & iuris præſumptioni conſonũ, magis eſt, ſæpiùs enim fit, vt ſua enim quiſque curet magis, quàm aliena. Denique alieno nomine hæredem nihil proteſtantem id feciſſe, poſſibile eſt; ſuo autem nomine feciſſe veriſimile eſt.

Atque ita repudiata Bartoli ſententia docuerunt Imola *in l. Gerit, colum. vltim. ff. de acquirend. hæred. & ibidem* Aretinus *colum. 5. verſic. In quantum, etiam ipſe Bart. in l. 1. C. de repud. hæred. Corneus conſil. 103. num. 4. lib. 3. Barbatia conſil. 5. colum. 3. in fine, lib. 1. Mantica de coniect. vltimar. volunt. lib. 12. tit. 12. num. 8. verſic. Illud autem.* quibus & ipſe aſſentior.

Capvt LIII.

Hæreditatis aditio an inducatur ex habitatione domus paternæ.

VIDEO tres diuerſas interpretum ſententias in hoc iuris articulo: ſi filius poſt mortem patris domum paternam habitauerit, an hæreditatem videatur in dubio adiuiſſe. Nam aliqui id negant, & probandum eſſe contendunt filium habitaſſe, tanquam hæredem. Alij affirmant. Alij denique ita hanc rem explicant, vt ſi filius dotis maternæ cauſa hypothecam in domo habuerit, & ideo eo nomine habitare potuerit, præſumitur adiuiſſe hæreditatem, vel non adiuiſſe, prout ei vtilius eſt, in eóque ſtandum eius aſſertioni & teſtimonio. *Vide Bart. in l. Gerit, num. 21. ff. de acquir. hæred. & ibi Caſtrenſ. Aret. Imol. & alios, Bald. in l. Nou hoc. & ibid. Salic. Alexand. & alios. Manticam de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 12. tit. 12. num. 8. Maſcardum de probationibus, volum. 1. concl. 44. num. 22. & concluſ. 45. in princip. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. c. 1. num. 34.* Ego eorum ſententiam magis probo, qui affirmant, ex habitatione domus præſumendum eſſe, filium hæreditatem adiuiſſe paternam. Moueor duobus argumentis, quorum primum ſumitur ex lege, alterum ex iuris ratione. Quod attinet ad primum, illud ſumitur ex l. 1. C. de repud. hær. Imperator Antoninus: [*Si paterna hæreditate te abſtinuiſſe conſtiterit, & non vt hæredem in domo, ſed vt inquilinum, vel cuſtodem, vel ex alia iuſta ratione habitaſſe, liquido fuerit probatum: Ex perſona patris te conuenire procurator meus prohibebit.*]

Hac lege apparet, filium probare oportere ſe à paterna hæreditate abſtinuiſſe, & non vt hæredem in domo habitaſſe; ergo præſumitur in dubio habitaſſe, tanquam hæres patris. Nam ſi id non præſumeretur ſed probandum eſſet, filio non incumberet probatio, ſe paterna hæreditate abſtinuiſſe: quia fundatam haberet intentionem, vt loquuntur noſtri ex ſola negatione, ſe tanquam hæredem patris habitaſſe: ſed Imperator probationem requirit, per quam conſtet filium ſe abſtinuiſſe ab hæreditate patris, & non tanquam hæredem in domo habitaſſe: ergo argumentum hinc ſumitur, filium habitantem in paterna domo, præſumi hæreditatem patris adiuiſſe, & tanquam hæredem in ea habitaſſe.

Quod verò ad alterum argumentum at-

tinet, illud eſt huiuſmodi. Hæreditatis aditio præſumitur ex facto, quod licitè & iuſtè geri citra ius & nomen hæredis non poteſt, *l. Pro hærede. §. Papinianus. ff. de acquir. hæred. ibi: Itaque nunc pro hærede geri dicendum eſſe ait: quoties accipit, quod citra nomen, & ius hæredis accipere non poterat.*

Dixi *iuſtè & licitè*; quia de facto & iniuſtè multa fieri poſſunt citra ius & nomen hæredis in aliena hæreditate. Sed filius iuſtè domum paternam habitare non poteſt citra & nomen hæredis: Ergo domum habitando præſumitur pro hærede gerere, & ſic hæreditatem adire.

Minor propoſitio probatur: quia, ſi filius nolit hæres eſſe, poſſidere non poteſt bona patris, ſed illa pertinent ad alios hæredes ſubſtitutos, vel ab inteſtato vocatos. Si dicatur poſſidere filium poſſe, vel cuſtodiæ cauſa, vel vt deliberet, an velit adire, vel repudiare; reſpondeo, id fieri poſſe, ſed non præſumi, & neceſſariam eſſe proteſtationem filij, *vt in d. l. Pro hærede. ff. de acquirend. hæred. ibi: Et ideo ſolent conteſtari liberi non animo hæredis ſe gerere, quæ gerunt, ſed aut pietatis, aut cuſtodiæ cauſa.* Et ratio eſt; Nam filius poſſidere poteſt ex titulo pro hærede, de quo iam conſtat; quia, ſi filius, ergo hæres; & quidem hæres ſuus, & id plenum, & certum eſt: verum autem cuſtodiæ cauſa poſſidere velit, incertum eſt, eo præſertim id non conteſtante. Ergo in dubio præſumendus eſt filius poſſidere domum paternam ex titulo, de quo iam conſtat, quam ex cauſa, quæ incerta eſt, & non apparet. Præſumitur enim quis poſſidere ex titulo præambulo, *l. 1. §. 1. ff. de except. rei vend. l. 2. C. de acquirend. poſſeſſ. l. Non ſolùm. §. Quod vulgò. de vſucap. vbi illa verba ad rem noſtram pertinent: Idem hic, ſi à domino hæres inſtitutus fuerit, vel bonorum poſſeſſionem acceperit, incipiet pro hærede poſſidere.*

Rurſus, ſi dicatur filium poſſidere poſſe, ex cauſa dotis maternæ propter hypothecam quam habet in bonis paternis, *iuxta l. Vn. C. de rei vxo. act.* Reſpondeo, nullo iure conceſſum creditori, vt propria authoritate bona debitoris poſſideat, id probatur in l. Doris. C. ſoluto matrimonio, ibi: [*Ingredi enim poſſeſſionem rerum dotalium hæredibus mariti non conſentientibus, ſine authoritate competentis iudicis nullam habes facultatem.*]

Porrò contrariæ ſententiæ argumentum facilè confutatur. Eſt enim ſumptum ex l. Non hoc. C. vnde legitimi. Diocletianus: [*Non hoc, an tenuerit quis res hæreditarias, nec ne ſine voluntate acquirendæ ſibi hæreditatis, quærendum eſt; ſed an admiſerit hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem.*]

Reſpondeo, textum loqui in caſu certo, quando ſcilicet, *ſine voluntate acquirendæ hæreditatis* quis poſſedit res hæreditarias; nos autem loquimur in dubio, quando non conſtat, an habuerit hæres animum adeundæ hæreditatis: & dicimus præſumendum eſſe, quòd habuerit; niſi conſtituit eum abſtinuiſſe, iuxta l. 1. C. de repet. hæred.

CAPVT LIV.

Aditio hæreditatis, an inducatur eo quod inuentarium hæres confecerit?

EXPLICANT mihi iuris articulos, qui inter Doctores controuerſi ſunt, non alienum viſum eſt; hoc in loco admonere lectorem, nullam verò controuerſiam eſſe ſuper eo iuris articulo, quem propoſui, licèt diſſentientes Doctorum ſententiæ referantur à Maſcardo *de Probationibus vol. 1. concluſ. 48.* & Menochio *de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. cap. 1. numer. 94.* & ante eos etiam ab antiquioribus interpretibus, *ad l. vltimam, §. Sin autem hoc. C. de iure deliber.* Ponunt iſti, aditionem hæreditatis ex inuentarij confectione ſimpliciter induci, ex ſententia in primis Bartoli *in l. Gerit, colum. vltim. verſic. Ad tertium. ff. de acquirend. hæred.* qui hoc non dicit. Secundò Cyni *ad l. vltim. §. Si verò poſtquam, C. de iure deliberan.* vbi hoc non dicit ita ſimpliciter, ſed quando vt hæres inuentarium conficit. Tertiò Ruini *in conſil. 168. numer. 1. libro 4.* vbi nihil aliud dicit, niſi quod Bartolus *in d. l. Gerit,* loqui-

loquitur, quando quis vt hęres fecit inuentarium. Quarto Capræ *in conſ. 9. n. 1.* vbi nihil de hoc ſcribit. Quinto Cacherani *deciſ. Pedemont. 147. n. 22.* vbi nullum de hoc verbum. Poſtremo, Crauettæ *in conſ. 348. nu. 3. 4. li. 3.* vbi loquitur de eo, qui tanquam hæres proteſtatus eſt, ſe velle inuentarium cõficere, & diſputat, an videatur adire hæreditatem, ſi inuentarium ſit nullum.

Poſt hęc adferunt autores negantes aditionem induci ex inuentarij confectione, Salicet. Alexand. & Iaſonem *in d. l. vlt. §. Sin autem hoc. C. de iure delib. in conſ. 9. nu. 15.* Franciſc. Marc. *deciſ. 29. part. 1.* Rolan. à Valle, *de confect. inuent. par. 3. §. Sed an per confectionem.* Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib. 12. tit. 9. n. 15.*

Sed iſti non loquuntur, quando aliquis vt hæres inuentarium conficit, ſed quando ſimpliciter deſcribuntur hæreditatis bona ab hærede, vt deliberet, an velit adire, vel repudiare, quo in caſu nemo eſt, qui dicat aditionem hæreditatis induci ex confectione inuentarij. Hoc enim in caſu hæreditas adhuc repudiari poteſt, & inuentarium conficitur animo deliberandi, vt cognitis rebus hæreditarijs hæres deliberet, an velit adire, vel repudiare. Sic enim ſtatuit Imperator in d. l. vltim. C. de iure deliber. [*Sin autem hoc aliquis fecerit, & inuentarium conſcripſerit (neceſſe eſt enim omni modo deliberantem inuentarium cum omni ſubtilitate facere) non liceat ei poſt tempus præſtitum, ſi non recuſauerit hæreditatem, ſed adire maluerit, noſtræ legis vti beneficio.*]

Ad rem non pertinet textus, qui ab aliquibus adfertur in §. Sin autem dubius. Hæc indicare volui, vt noſtrorum hac in re non curantia proderetur, vt Lector autores videat, non ſemper referentibus fidem adhibeat?

Namq; opere in longo fas eſt obrepere ſomnum.
Omnium habere memoriam, & in nullo
penitus errare, diuinitatis potius
eſſe, quam mortali-
tatis.

CAPVT LV.

Per ceſſionem, vel in ſolutum dationem bonorum, vel iurium hæreditatis, an hæreditas adita eſſe cenſeatur, ſi proteſtatur is, qui cedit, vel in ſolutum dat, ſe non animo adeundi cedere, vel in ſolutum dare.

HÆres inſtitutus ſi cedat iura hæreditaria, vel in ſolutum dat creditoribus, proteſtans ſe non animo hæreditatem adeundi hæc facere, controuerſia eſt, An videatur nihilominus adire. Affirmant videri nihilominus adire hæreditatem, Socinus iunior *in conſ. 107. lib. 2.* Eiuſdem ſententiæ male citantur à Maſcardo *de Probationibus, volum. 1. concluſ. 44. n. 3.* Ruinus ſenior *conſ. 346. n. 17. lib. 7.* & Anchar. *in conſ. 252. nu. 3.* qui id non dicunt. Negat autem Alciatus hæreditatem aditã videri hoc in caſu, propter factam proteſtationem *in conſ. 344.*

Fundamẽtum Alciati eſt, quia hoc operatur proteſtatio, ex qua animus colligitur. Hæreditatis enim aditio ex animo pendet. Adfertur tex. in l. Et ſi quis. §. plerique. ff. de relig. & ſumptib. funer. ibi, [*Tamen ne vel immiſcuiſſe ſe neceſſarij, vel cæteri geſſiſſe ſe pro hærede videantur, ſolent teſtari, pietatis gratia ſe facere ſepulturam, &c.*]

Sed clarior & ad rem magis accommodatus eſt text. *in l. pro hærede, ff. de acq. hær.* ibi, [*Et ideo ſolent teſtari liberi, &c.*]

Et licet factum videatur repugnare proteſtationi; tamen id nihil iuuat aditionem, *argumento l. Qui aliena. §. Celſus. ff. de acquiren. hæred.*

Fundamentum Socini eſt: quia proteſtatio eſt contraria facto, & ideo factum ipſum ceſſionis; videlicet & in ſolutum dationis creditoribus factæ, inſpici debent; & conſequenter aditio hæreditatis induci, argumento l. pro hærede. §. Papin. ff. de acquir. hæred. vbi filius qui ſe abſtinuerat ab hæreditate patris, (Hoc proculdubio idem valet, quod proteſtatio) nihilominus adire cenſetur, recipiendo pecuniam à ſtatu libero, qui hæredi dare damnatus erat.

Reſpondet ad l. Qui in alieno. §. Celſus diſtinctionem adhibendam eſſe inter actũ qui fit contrarius proteſtationi; verum ex ſola voluntate proteſtantis pendeat, an vero cum alio geratur. Prioris caſus exemplum eſt, ſi quis proteſtetur, ſe nolle adire hæreditatem, deinde adierit, tunc non inducitur aditio, & ita loquitur text. *in d. §. Celſus.* Poſterioris autem caſus exemplum eſt; cum hæres ſoluit alteri, vel accipit ſolutionem: & tunc proteſtatio contraria non impedit ipſam aditionem hæreditatis. Pro cuius diſtinctionis confirmatione adferri poſſunt, quæ notantur à Maſcardo *d. volum. 1. de probationib. conclu.* 47. *nu.* 11. & 12.

Verum Alciatus reſpondet ad leg. Pro hærede. §. Papinianus, textum illum accipiendum eſſe de facto contrario proteſtationi, quod geſtum eſt cum alio ignorante, qui alias deceptus remanſiſſet. Nam ſtatu liber ille ſoluit filio tanquam hæredi, ignorans eum ab hæreditate abſtinuiſſe, ideo ex ſolutione facta filius cenſetur adire. Poteſt enim etiam poſtea quam ſe abſtinuit, nihilominus adire, *l. vlt. C. de repud. hæred.*

Ego puto Alciati ſententiam veriſſimam eſſe. Nam certum eſt, actus, qui alioqui ad hæredem pertinent, & aditionem hæreditatis ſignificant, non tamen eam inducere, quoties alio animo, quam adeundæ hæreditatis facti ſunt, quod ex proteſtatione colligitur, *vt in l. Pro hærede, ff. de acquirend. hæredit.* Etſi ergo ceſſio bonorum, vel in ſolutum datio, ex his actibus ſint, qui ad hæredem pertinent, & ideo immixtionem hæreditatis ſignificare videantur, & aditionem inducere: tamen proteſtatio facta efficit, vt aditio non inducatur. Poteſt enim quis cedere, vel in ſolutum dare creditoribus bona hæreditaria, vel negotij hæreditatis gerendi cauſa, vel aliam ob cauſam. Nam ſi hæres, qui proteſtatur iſta facerer, tanquam hæres, & nulla alia cauſa ſubeſſe poſſet, tunc voluntas ex ipſo facto appareret adeundi hæreditatem, & proinde contrariam, quæ ex proteſtatione oritur, præſumptionem colleret; & in his terminis nec loquitur, nec intelligendus eſt Alciatus,

Quod vero in contrarium adfertur argumentum, *ex l. pro hærede, §. Papinianus.* nihil prorſus mouet. Nã nos loquimur, quando eodem tempore, quo actus geritur, is qui eum gerit, teſtatur ſe non animo hæreditatis adeundæ illũ gerere. Operatur hæc proteſtatio, vt hæreditas non cenſeatur adita: quia aditio ex voluntate pendet, & voluntatem adeundi deeſſe, verba proteſtationis oſtendunt, quamobrem actus aliam ob cauſam geſtus fuiſſe iudicari debet, ſiue validus ſit, ſiue non ſit validus. Iuriſc. *in d. §. Papinianus.* loquitur de eo qui prius ab hæreditate patris ſe abſtinuit, poſtea à ſtatulibero pecuniam accepit, & tunc ſiquidem is iuſſus erat hæreditate, videtur filius hæreditatem adire; etſi enim prius eam recuſauerit, tamen licentiam habet rebus paternis in eodem ſtatu permanentibus nihilominus adire, *l. vlt. C. de repud. & abſtin. hæred.* Poteſt ergo coniectura ſumi, quod filius hoc in caſu pœnitentia ductus, voluerit adire hæreditatem, quando quidẽ poſt abſtentionem pro hærede ſe geſſit, recipiendo à ſtatulibero pecuniam. At in ſpecie noſtra coniectura iſta locum habere nõ poteſt; quia eodem tempore, quo actus geritur cõueniens aditioni hæreditatis, proteſtatio fit, quod non animo hæreditatem adeundi geratur, quæ proteſtatio facit, vt hæreditas adita non videatur, *l. Pro hærede, ff. de acquir. hæred.* Atq; ita ſentio, ſaluo meliori iudicio.

Caput LVI.

Si filius aſſerat, ſe aliqua bona patris defuncti poſſidere pro ſua legitima, an videatur adiuiſſe hæreditatem ſibi teſtamento relictam.

Recte docet Bart. *in l. Gerit, num. 22. ff. de acq. hæred.* Filium aſſerentem ſe aliqua bona poſſidere pro ſua legitima, adiuiſſe hæreditatem; quia legitima eſt pars hæreditatis, & nõ poteſt quis hæreditatis partem adire, & partem repudiare, *l. 1. l. 2. ff. de acq.*

de acq.hæred. & vnam portionem adeundo, omnes acquirit, *l. Si ſolus.ff.eod.tit.* Vnum caſum excepit, quando filio vulgaris datus eſt ſubſtitutus, de quo diſſeremus in ſequenti cap. Sententiam Bartol. ſecutus eſt ibidem Aretin. *colum.5.verſ.Item adde*, & alij multi à Tiraquel. citati, *de iure primogenio. q. 35.n.10. & q.75.n 5.* Et confirmari poteſt ex his, quæ nos ſupra *lib.4.cap.65.* attulimus in ea controuerſia, an filius poſſit legitimam portionem acceptare, & reliquam hæreditatem repudiare. Nam pendet huius rei definitio ab illius articuli definitione. Sic enim argumentari licet: Aditio hæreditatis inducitur ex actu, qui non poteſt fieri citra ius & nomen hæredis, *l.pro hærede.§.Papin. ff. de acquir.hæred.* Sed iſte actus, nempe acceptationis legitimæ fieri non poteſt, niſi quis totam hæreditatem acceptet: quia legitima eſt pars hæreditatis, & hæreditas aut tota debet acceptari, aut tota repudiari, vt dictũ eſt. Ergo in præſenti caſu aditio hæreditatis inducitur.

Contrariam ſententiam in hoc ipſo articulo aditionis hæreditatis nonnullorum authoritatibus adductis defendi poſſe ſcribit Menoch. *de Præſumpt.lib. 4. Præſumpt.c.1. n.53.* cuius argumentis reſpondendum eſt, & hæc addi poterit ijs, quæ deduximus dicto lib.4.cap.65.

Primum argumentum eſt ex eo, quod filius poſſit legitimam portionem acceptare, & hæreditatem repudiare. Conſequenter non videtur hæreditatem adiuiſſe. Antecedens probat, quia filius eſt creditor legitimæ. Creditor autem poteſt repudiare hæreditatem debitoris ſaluo eius credito. Reſpondi huic argumento ſupra lib.4.cap. 65. diuerſam eſſe rationem legitimæ ab alijs creditis; quia legitima eſt pars hæreditatis, conſequenter ſola acceptari non poteſt, reliqua parte repudiata, *l.1. & 2.ff.de acq.hæred.* quod impedimentum non habet locum in alijs creditis; & ideo nil mirum, ſi ſaluis alijs creditis repudiari poteſt debitoris hæreditas.

Secundum argumentum eſt: Legitima differt ab hæreditate; eſt enim pars bonorum, non autem pars hæreditatis; Ergo poteſt filius illam acceptare, & hæreditatem repudiare, ſicut poteſt legatum quis acceptare & hæreditatem repudiare: quia legatum eſt diuerſum ab hæreditate, *l.filio pater, de leg.1.l. Cum reſponſo, C.de legat.*

Reſpondi alias: & repeto, legitimam eſſe trientem, vel ſemiſſem hæreditatis, iuxta Nouellam de Triente & Semiſſe, & conſequenter partem hæreditatis eſſe. Nec obſtat, quod legitima intelligatur deducto ære alieno, *l. Papinianus. §. Quarta, ff.de inoffic.teſtam.* Quia id pertinet ad quantitatem & ſupputationem ipſius legitimæ: neque enim intelligi poteſt quanta ſit, niſi prius deducatur æs alienum. Sed alioqui debetur tanquam pars hæreditatis, & titulo hæreditario.

Non obſtat id, quod replicatur, titulo hæreditario legitimam filio relinquendam fauore ipſius filij. Ideo quod fauore inductum eſt, non debet in odium retorqueri, *l. Quod fauore, C.de legibus.* Nam legitima ſemper eſt triens, vel ſemis hæreditatis, & ſecundum legem titulo hæreditario, ſiue inſtitutionis relinquenda eſt. Hoc ius eſt certum & generale, ideo non poteſt filius eius formam immutare, atque adeo efficere, vt non ſit pars hæreditatis, vt non relinqui debeat titulo inſtitutionis: & ſic naturam legitimæ à lege conſtitutam immutare non poteſt: & licet poſſit in aliquo caſu teſtamentum approbare, in quo legitima non titulo inſtitutionis relicta ſit, non efficiet tamen, quin ipſa legitima ſit triens, vel ſemis ipſius hæreditatis? quia non eſt in poteſtate priuatorum, legum ſanctiones, & iuris formam pro libitu euertere, *leg. 3. ff.de Teſtament.* Et in quæſtione noſtra ex facto proponitur, filium velle legitimam acceptare, & hæreditatem repudiare: Ergo vult acceptare partem ipſius hæreditatis, nempe trientem, & reliquam partem repudiare. At hoc non poteſt, vt dictum eſt.

Illud autem argumentum: Legitima propter inobedientiam, vel propter non confectum inuentarium non perditur, & tamen perditur hæreditas. *Authent. Hoc*

amplius

amplius, C. de fideicom. Authen. Sed cum teſtator, C. ad leg. Falcid. Ergo legitima eſt quid diuerſum ab hæreditate: ita refellitur: quia licet legitima ſit pars hæreditatis, eſt tamen filio debita, & neceſſario relinquenda titulo inſtitutionis, atque ideo hoc ſingulari iure donata, vt nulli grauamini, nulli conditioni obnoxia eſſe queat, nullam ob cauſam auferri, niſi ea ſit legitima & iure approbata, quæ ſingularia locum non habent in reliqua hæreditate, ideo nihil mirum videri debet, ſi ea ex cauſis ſupra relatis non amittatur: reliqua autem hæreditas amittatur.

Tertium argumentum, repudiatio & aditio hæreditatis eodem iure cenſentur. §. *pen. Inſtit. de hæred. qualit. & differen.* Sed repudians hæreditatem, non dicitur repudiare legitimam: ergo ex contrario, acceptans legitimam, non videtur adire hæreditatem.

Reſpondi alias & repeto, negando argumenti aſſumptionem. Nec enim id probatur ex l. Si quando. §. Et generaliter. C. de inoffic. teſtament. Nihil enim aliud dicit, niſi eum qui ſimpliciter agnouit, & approbauit defuncti iudicium, non idcirco prohiberi legitimæ repletionem petere. Minus iuuat illud argumentum. Dos eſt ad inſtar, ſeu loco legitimæ. Sed filia poteſt dotem retinere repudiata patris hæreditate, l. vlti. ff. de collat. dotis, ergo ſimiliter & filius legitimam retinere poterit, hæreditate repudiata. Reſpondeo enim in hoc eſſe diſcrimen inter dotem, & legitimam, (quod attinet ad rem noſtram) quoniam legitima eſt triens, & ſic pars hæreditatis, & dos non eſt pars hæreditatis, ſed debitum, quo pater viuens obſtringitur. Tenetur enim filiæ dotem dare, l. *Qui liberos. ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiſſ.*

Quartum argumentum. Filius in legitima grauari non poteſt, *l. Quoniam in prioribus, C. de inoff. teſtam.* Sed ſi diceremus filium non poſſe hæreditatem repudiare, & legitimam retinere, grauaretur in ea ipſa legitima, quia contra ſuam voluntatem cogeretur acceptare hæreditatem. Eſt enim onus cogi aliquid facere contra propriam voluntatem: Ergo dicendum eſt filium poſſe hæreditatem repudiare, & legitimam retinere.

Reſpondi alias, & confirmo, id non eſſe grauamen legitimæ adiectum ab homine, ſed iuris hanc eſſe formam, vt quis nõ poſſit partem hæreditatis retinere, & partem repudiare: legitima autem eſt pars hæreditatis. Nulla ratio eiuſmodi oneris habenda eſt, quia id ex iuris forma procedit. Sicuti nemo dixerit grauamen adiectum eſſe legitimæ eam ob cauſam, quod non aliter debeatur, quam ſi filius erga parentes ingratus non extiterit. Hoc enim ſumma ratione iure conſtitutum eſt, vt filij ob iuſtas ingratitudinis cauſſas exhæredari à parẽtibus poſſint, *vt in Nouell. Vt cum de appell. cognoſc. §. Aliud.* Iuris igitur forma non continet iniuriam, ſed obſeruari debet.

Quintum argumẽtum. Legitima debetur iure naturali, ſed ius naturale perimi non poteſt, iure ciuili, ergo legitima non poteſt auferri per non aditionem hæreditatis, qui actus iuris ciuilis eſt: ex quo ſequitur legitimam retineri poſſe repudiata hæreditate.

Reſpondeo, legitimam non poſſe auferri iure ciuili niſi ex cauſſa iuſta, etenim ſi abſolute auferri non poſſet, non liceret parẽtibus filios exhæredare etiam ob iuſtas ingratitudinis cauſas: Id enim iure ciuili conſtitutum eſt: & tamen id nemo dixerit. Hęc eſt autem iuſta cauſſa, quando filius reliquã repudiat hæreditatem: ſic enim partem hęreditatis acceptaret, & partem repudiaret, quod fieri non licet, iuſtiſſimas ob cauſſas: ne quis pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus moriatur, quod repugnat iuris regulis: ne pro parte hæredem habeat, pro parte non habeat, quod rationi repugnat, & multa continet incommoda, & abſurda.

Caput LVII.

Poſſitne filius in re propria grauatus legitimam portionem retinere, & reliquam hæreditatem repudiare, ſi ſubſtitutum habeat vulgarem?

Papi-

PApinianus ita ſcribit: [*Si libertus patrono hærede inſtituto ab eo petierit, vt ſeruum manumittat, vel vt decem alicui det: Si ſubſtitutum habebit, æquè decreti remedium poterit procedere, vt accepta debita portione, cætera pars ad ſubſtitutum perueniat.*] l. ſi libertus patrono, ff. de bonis libert.

Huius legis authoritate communiori Doctorum ſententia receptum eſt, filium, cui datus eſt vulgaris ſubſtitutus, hæredem inſtitutum repudiare poſſe hæreditatem, & legitimam retinere, ſi legato rei propriæ grauatus ſit. Nam ſit ita reſpondit Papinianus in patrono, cui legitima portio in bonis liberti debetur, id multò magis recipiendum videtur in filio cuius cauſa eſt longè fauorabilior. *Bart. in l. Gerit, num. 23. ff. de acquirend. hæred. Paulus Caſtrenſis, & Alexand. in l. 3. C. de impub. & alijs ſubſtitut. Iaſon ibid. numer. 152. Couarr. in c. Raynutius. § 11. num. 11. de teſtam. Menochius de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. c. 1. num. 69. Alexand. Trentacinq. de ſubſtitut. parte 1. c. 10. num. 27.*

Iſtis ego non aſſentior, quia aut filius hæres inſtitutus, eſt in legitima grauatus, quia non habet integram legitimam: aut quia onus aliquod & grauamen ſeu conditio ei eſt adiecta: Priore caſu teſtamentum impugnare non poteſt, ſed repletionem petere, *l. omnimodo, C. de inoffic. teſtament.* Poſteriori caſu grauamen ſeu conditio adiecta non valet, & pro non ſcripta habetur, *l. Quoniam in prioribus, C. eodem tit.* Cùm teſtamentum impugnare non poſſit, non videtur etiam ei licere legitimam retinere, & reliquam hæreditatem repudiare. Quoniam, vt dictum eſt in præcedenti capite, nemo poteſt partem hæreditatis adire, partem repudiare, *l. 1. & 2. ff. de acquirend. hæred.* Nec refert ſiue ſubſtitutum habeat, ſiue non habeat, *l. Si ſolus. ff. eodem tit.*

Non erant hæc in legitima patroni ita conſtituta Papiniani tempore, ideò nil mirum, ſi patronus ſic grauatus repudiata hæreditate legitimam portionem retinere potuerit, quod ſanè nec Bartol⁹ ignorauit. Sic enim ſcribit in l. Excuſatus, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. [*Si aliquis eſt grauatus in legitima, habet iuſtam cauſam omittendi. Hodie iſta non eſſet iuſta excuſatio, quia de debita portione ſubducitur omne grauamen, tam in patrono, quàm in liberto.*]

Sed ne ſolus videar communi ſententiæ aduerſari, authores habeo Salicetum *in l. Quoniam in prioribus, C. de inofficioſ. teſtament.* & Ancharanum *in conſil. 312. incipiente: Ex ſola vulgari.* Verba, quæ adſcribam, facere non poſſum, etſi paulò rudiora: [*Sed ſaluo ſemper ſaniori iudicio credo, quòd grauamen in legitima non poteſt prætendi, ſi in reliqua portione hæreditatis, in qua eſt filius inſtitutus, dato ſubſtituto, non allegetur grauamen, nec eſt iſta iuſta cauſa rumpendi iuris regulas, nec etiam nouiſſimè leges, quæ de nouo ius agendi ad ſupplementum introduxerunt, hoc, ſed oppoſitum voluerunt, dum tam filijs quàm etiam teſtamentis, & voluntatibus teſtatorum ſubuenire voluerunt, vt patet in l. quoniam in prioribus. & in l. Omnimodò. C. de inoffic. teſtament. ſecundùm enim illas leges grauamen ſuccedendi eſt, & filius remanere debet hæres, vt teſtator diſpoſuit, vt ſic tam teſtatori, quàm filio conſulatur: & hæc cognitio, an filius ſit grauatus in legitima necne, eſt iudicis, non ipſius filij, nam oportet ad hoc eum agere. Si enim deductis legatis & alijs oneribus, legitima non ſupereſt, iudex eam ſupplere debet: Si verò ſupereſt legitima, & etiam fortè multum vltra, non credo filium poſſe legitimam retinere, & illud repudiare, & ſubſtituto locum facere: quia ille concurſus inſtituti, & ſubſtituti, & partem adire, & partem repudiare, eſt contra iuris regulas. Non obſtat l. Si libertus patronus, ff. de bonis libert. Nam illum caſum ſpecialem in legitima patroni non traham ad legitimam filij. l. Quod contra, ff. de legib. Vel ſecundùm illam legem ius agendi ad ſupplementum, & ſubmouendi omne grauamen de legitima, non erat cognitum. Ideò fortè illa lex non haberet locum in patrono, & multò minus in filio, cui eſt plenè conſultum per leg. Omnimodò, & hoc ſentit expreſſè Bartolus in l. Excuſatus, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtament.*] Hactenus Ancharanus.

Capvt LVIII.

Bonorum poſſeſſionem an agnouiſſe præſumatur ille, qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem contra bonorum occupatores inſtituit?

INter veteres ac nouos interpretes, qui Commentaria ſcripſerunt *in Rubr. C. qui admitti, &cæt.* controuerſia agitata eſt, de eo, qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem inſtituit, an videatur bonorum poſſeſſionem agnouiſſe, prout requiritur. Et poſt eos iterum hæc res in examen vocata eſt à Mantica *de Coniecturis vltimarum volunt. lib. 12. titul. 15.* & à Menochio *de præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 103. Controuerſia inde orta eſt, quòd olim cauſa cognita, & decreto Prætoris interueniente, agnoſcenda erat bonorum poſſeſſio, *l. 3. §. Si cauſa cognita. ff. de bonorum poſſeſſ.* Nunc verò qualiſcunque teſtatio amplectendæ hæreditatis apud quemcunque iudicem ſufficit ex lege Conſtantini, quæ eſt l. vltim. C. qui admitti. Eſt igitur in eo controuerſia poſita, an ex eo, quod quis in iudicio poſſeſſoriam hæreditatis petitionem mouet, videatur bonorum poſſeſſionem agnoſcere. Et mihi eorum ſententia magis probatur, qui dixerunt videri. Nam proculdubio is, qui agit in iudicio, & bona ipſa vindicat, ſatis declarat ſe bonorum poſſeſſionem agnoſcere, atque hæc videtur eſſe ſufficiens teſtatio amplectendæ hæreditatis. Neque enim aliqua verborum ſolennitas ad hoc eſt neceſſaria, neque etiam decretum iudicis eſt neceſſarium, vt aliàs diſputatum eſt, quia Conſtantinus inanium verborum ſuſtulit captiones, & hoc obſeruari decreuit, vt qualiſcunque teſtatio amplectendæ hæreditatis oſtendatur, illaque ſufficiat loco antiquæ ſolennitatis. Si ergo qualiſcunque ſufficit teſtatio, rectè infertur, & hanc, qua de agitur ſufficere.

Reſponderi ſolet ſpecificam expreſſionem (ita enim loquuntur) requiri, & præterea Prætoris conſenſum. Et ideò non induci agnitionem ex poſſeſſoria hæreditatis petitione inſtituta: neque enim ſpecificam id expreſſionem continet, neque iudicis decretum.

Sed replicari poteſt, ſpecificam illam non requiri expreſſionem, id enim meritò negari poteſt, cùm ex Conſtantini lege ſufficiat qualiſcunque teſtatio, hoc eſt, declaratio amplectendæ hæreditatis. Hæc autem eſt aliqua declaratio amplectendæ hæreditatis. Nam qui poſſeſſoriam hęreditatis petitionem mouet, ſine dubio agnoſcit bonorum ſibi delatam poſſeſſionem, & ſatis apertè declarat, ſe illam amplecti. Id confirmari poteſt ex reſponſo Papiniani in l. Cùm quidam. ff. de bonor. poſſeſſ. in illis verbis: [*Attamen, quia hoc propoſito accuſationem inſtituit, vt ius ſuum ſibi ſeruet: agnouiſſe ſucceſsionem non immeritò videbitur.*]

Quod verò dicitur, decretum iudicis eſſe neceſſarium, nequaquam defendi poſſe, multis rationibus à nobis ſuprà diſputatum eſt, & oſtenſum *lib. 5. cap. 74.*

At, inquiunt contrariæ ſententiæ Authores: Bonorum poſſeſſionis agnitio iudicis præſentiam requirit, quod patet ex dicta leg. vltim. Codic. qui admitti. ibi, [*Apud quemlibet iudicem, &cæt.*] Ergo requirit. & intelligentiam, l. Coram, ff. de verborum ſignificatio. Non intelligit autem iudex actorem velle bonorum poſſeſſionem agnoſcere, ſed iam agnouiſſe præſupponit, quandoquidem actionem inſtituit.

Reſpondeo, immò iudicem optimè intelligere ipſum actorem agnoſcere, quæ enim clarior amplectendæ hæreditatis conteſtatio eſſe poteſt; quàm illius, qui bona ipſa hæreditaria vindicat eo nomine, quòd ei delata ſit ipſa bonorum poſſeſſio? Ea vindicatio includit animum agnoſcendæ poſſeſſionis tunc eſſe, verum prius fuerit, incertum eſt: quid enim prohibet, quo minus tunc primum, cùm poſſeſſio vindicatur, animus agnoſcendi detegatur?

CAPVT LIX.

Bonorum poſſeſſio an intra ſtatuta à legibus tempora agnita fuiſſe præſumatur.

MAxima eſt controuerſia, vtrum ſi conſtet agnitam fuiſſe bonorum poſſeſſionem ab eo, cui delata eſt, præſumatur fuiſſe agnita intra tempora legibus conſtituta ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem.

nem. Nam multi affirmant, multi negant. Alij alijs atque alijs diſtinctionibus vtuntur, vt videre licet ex antiquis & nouis Doctoribus, qui commentati ſunt in Rubr. C. qui admitti, & nouiſſimè ex Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib. 12. tit. 15. num. 13.* & Menochio *de præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 104.

Non animaduerti ego aliqua lege hunc iuris articulum decidi poſſe, quamquam multa variaque hinc inde proferantur argumenta. Hoc enim duntaxat legibus decisum eſt, agnoſcendam eſſe bonorum poſſeſſionem intra tempora ſtatuta, *leg. vltim. Codic. Qui admitti.* quod ad deciſionem huius articuli non rectè trahitur, quemadmodum nec illa verba Iuſtiniani trahi poſſunt in §. vltim. in Inſtitut. de bonorum poſſeſſ. [*Sed quocunque modo admittentis eam iudicium (intra ſtatuta tamen tempora) oſtenderit, plenum habeat earum beneficium.*]

Horum enim verborum eadem eſt ſententia, quæ Conſtantini in d. l. vltim. C. qui admitti: [*Qualiſcunque teſtatio amplectendæ hæreditatis oſtendatur ſtatutis priſco iure temporibus coarctanda, &c.*]

Sed non eſt hoc punctum, de quo diſputatur. Quòd enim intra ſtatuta tempora ſit agnoſcenda bonorum poſſeſſio, ex his teſtimonijs ſatis conſtat; Verùm verò præſumatur agnita intra conſtituta tempora, noſtra hæc diſputatio quærit.

Ex generalibus ergo iuris regulis, & præceptis petenda eſt deciſio. Prior regula ſit hæc: Si agnoſcens bonorum poſſeſſionem bona ipſa teneat atque poſſideat, & ab alio conueniatur negante fuiſſe agnitam conſtituto tempore, iſte negans probare debet, & donec id probauerit, præſumendum erit agnitam fuiſſe tempore conſtituto. Hæc regula probatur ex eo, quòd pro poſſeſſore præſumitur, §. *Commodum. Inſtitut. de interdict. l. vltim. C. de rei vind. c. Ex literis, de probat. l. 2. ff. vti poſſid. l. 1. § 1. ff. Si pars hæred. pet.*

Secunda regula: Si non poſſideat, Sed tamen ipſa bonorum poſſeſſio iudice præſente, & ſuam interponente authoritatem, agnita ſit (quanquam enim neceſſarium non ſit iudicis decretum, nihil tamen prohibet quo minus intercedat) tunc præſumitur agnita tempore legibus conſtituto: quia præſumitur iudex rectè & ritè proceſſiſſe. *l. 2. C. de off. cui. iud. c. Abbate, de verbor. ſignificat.*

Tertia regula: Si is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, non ignorauerit ſibi delatam eſſe, ex morte eius, cuius de hæreditate agitur, non erit difficile intelligere, an intra tempora legibus conſtituta fuerit agnita, necne. Nam dies delatæ bonorum poſſeſſionis ſpectabitur, & agnitionis factæ: & ex his facilè cognoſci id poterit, ac proinde nullus diſceptationi locus eſſe poterit.

Quarta regula: Si is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, ignorauerit eam ſibi delatam, eamque agnouerit, aduerſario dicenti non fuiſſe agnitam in tempore, probatio incumbet. Nam tempus ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem non currit, niſi ex die ſcientiæ, *l. 2. l. Quamdiu, C. qui admitti.* cùm ergo ignorauit delatam eſſe, non poteſt in dubium vocari, an tempore conſtituto agnouerit, niſi probetur ex die ſcientiæ lapſum eſſe legitimum tempus, intra quod agnita fuerit.

Quinta regula: Si non conſtet, vtrum is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, ſcierit, vel ignorauerit ſibi delatam, in dubio præſumitur ignorantia, *l. vltim. ff. pro ſuo, l. Verius, ff. de probat. c. Ignorantia, de reg. iuris, lib. 6.* niſi probetur ſcientia, quæ facilè probabitur, ſi mors in eadem Ciuitate contigit, publicè omnibus cognita, ſi is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, fuit præſens, & ab inteſtato delata ſit: ſicut e contrariò, ſi fuerit abſens, vel ex teſtamento delata ſit, & fortè ſit extraneus, ignorantiæ præſumptio erit. Verùm hæc ex varijs cauſſarum figuris & circumſtantijs variè definiri poterunt.

Alia multa ex Mantica & Menochio adferri poſſunt locis annotatis: ſed cùm ea non expenderim, conſultius fore putaui, ad eos Lectorem remittere, his paucis, quæ ad principalem controuerſiam pertinent, & iuris regulis videntur mihi conſentanea, contentus.

CAPVT LX.

Si quis dixerit; Credo hanc hæreditatem eſſe reſpuendam, & mihi non expedire, *an repudiata cenſeatur poſt trium menſium lapſum?*

SI hæres inſtitutus non repudiauit, neque adiuit hæreditatem, ſed dixit eam reſpuendam, credo, vel ſibi non expedire, hęc verba cum concurſu trium menſium inducunt repudiationem, *ita docet Bart. in l. vlt. §. Cùm igitur, num. 1. C. de iure delib. & in l. ſi quis ſuus, num. 8. ff. eod. tit. Sequitur Paul. Caſtr. in d. §. Cum igitur, num. 9. & in l. Qui ſe patris num. 2. C. vnde liberi. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 12. tit. 14. num. 20. & alij quos commemorat Menoch. de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 102. num. 7.*

Sed non placuit hæc ſententia Iaſ. *in d. l. Qui ſe patris, numer. 41. verſic. Secundò limit.* nec Decio *ibid. numer. 18.* nec alijs, *quorum facit mentionem Maſcard. de probat. vol. 2. concluſ. 853. n. 16. & 17.* nec mihi quoque placet, niſi verba ſint talia, quæ per ſe repudiationē inducant, *iuxta ea quæ differuimus ſupra hoc eod. lib. c.*

Nam fundamentum, quo prior nititur ſententia, valde eſt infirmum: Eſt enim poſitum in l. vlt. §. Similique modo, C. de iure de lib. [*Similique modo* (inquit Iuſtinianus) *ſi non titubante animo reſpuendam, vel abſtinendam eſſe crediderit hæreditatem, & apertiſſime intra trium menſium ſpatium, ex quo ei cognitum fuerit, ſcriptum ſe eſſe, vel vocatum hæredem, renunciet, nullo nec inuentario faciendo, nec alio circuitu expectando, ſit alienus ab eiuſmodi hæreditate, ſiue onerosa, ſiue lucroſa ſit.*]

Hæc eſt Iuſtiniani ſententia: quia hæres intra ſpatium trium menſium, ex quo ſcit hæreditatem ſibi delatam eſſe, inuentarium facere tenetur, ſi intra illud tempus apertiſſimè hæreditati renunciauerit; quia non titubante animo, ſed deliberato & firmo crediderit non ſibi expedire, vt eam agnoſcat, & adeat, & adeò abſtinendam vel repudiandam eſſe? tunc alienus erit ab eiuſmodi hæreditate, ſiue damnoſa, ſiue lucroſa ſit, nec erit opus, vt inuentarium faciat, vel quid aliud expectetur; quia ſcilicet, manifeſtum eſt eum hęreditatem nolle adire, & ei renunciare.

Hoc in loco ſpatium trium menſium nihil operatur, ſed apertiſſima renunciatio eius, cui delata eſt hæreditas, totum facit: quamobrem, vt dixi, ſi renunciatio ex verbis, aut factis non appareat, non puto aliquid ad eam inducendam valere lapſum trium menſium.

Nec obſtat, ſi dicatur aliquid valere lapſum trium menſium, quia illud tempus datur ad conficiendum inuentarium: Et ideò, ſi hæres illud non conficiat, videtur ſignificare, ſe non habere animum hæreditatem adeundi: præſertim cùm dixit illa verba: [*ſibi eam non expedire; Eam abſtinendam ſiue reſpuendam credere.*]

Nam reſpondeo, ſi hæc verba dixerit is, cui delata eſt hæreditas, quia non titubante animo, ſed certo ac firmo decreuerit abſtinere, vel repudiare, ſicut loquitur textus, non tamen eam repudiauerit, vel abſtinuerit apertiſſimè; tunc nihil profuturum eſſe lapſum trium menſium: Ex eo enim lapſu temporis excludetur quidem hæres à beneficijs inuentarij, quia illud non confecit: ſed non propterea ab hæreditate excludetur. Neque enim ideò minus hæres eſſe, & hæreditatem adire aliquis poteſt, quoniam inuentarium facere neglexit. Et ſi enim ab initio dubitauerit, an eſſet adeunda, & procliuius eſſet ad eam reſpuendam, vel abſtinendam; quia tamen poſtea non renunciauit, præſumi poteſt velle deliberare, *iuxta l. Cum antiquioribus, C. de iure deliber.*

Et ideò nequaquam eorum ſententiam probo, qui hoc in caſu, quo labitur trimeſtre ſpatium, hęrede non apertè renunciante, exiſtimante eum adiuiſſe hæreditatem. Cur enim hanc coniecturam capiunt repugnantem priori eius conteſtationi, cùm alia capi poſſit huic negotio magis accommodata, vt videlicet, ſi non perſpicua ſit repudiatio ex priori conteſtatione, vel alias poſtea intra trium menſium ſpatium eum, cui delata ſit hæreditas, credatur velle deliberare, cùm poſſit conſtitutionis beneficium inuentario non confecto intra ſtatuta tempora negligere, & ad deliberationis auxilium conuolare; dicta l. vlt.

vlt. §. Sin autem hoc aliquis fecerit. C. de iure delibe. ibi: [*Cum enim gemini tramites inuenti ſint, vnus quidem ex anterioribus, qui deliberationẽ dedit: alter autem rudis, & nouus à noſtro numine repertus, per quẽ adeuntes ſine damno conſeruantur: Electionem ei damus, vel noſtram conſtitutionẽ eligere, & beneficiũ eius ſentire: vel ſi eam aſpernandam exiſtimauerit, & ad deliberationis auxilium conuolauerit, ius effectum habere.*]

Caput LXI.

Repudiatio hæreditatis an inducatur ex eo, quod is, cui delata eſt, verbis futurum tempus ſignificantibus teſtetur ſe nolle adire.

VNum reſtat de repudiatione controuerſum: Sit ne repudiatio hæreditatis inducenda ex verbis futurum tempus denotantibus, puta ſi is, cui delata eſt hæreditas, dicat; *Nõ adibo, Profiteor me non aditurum.* Affirmant induci repudiationem, Baldus *in l. Qui ſe patris, n. 12. C. vnde libe.* necnon ibidẽ Salicetus & Alexand. *n. 6. verſic. Tertio fallit.* Mantica *de Coniecturis vlt. volunt. lib. 12. tit. 14. n. 22.* Menoch. *de præſumpt. lib. 4. præſump. 103. n. 9.* Negant Iaſon *in d. l. Qui ſe patris, poſt, nu. 41. verſ. 4. mirabiliter.* Decius *poſt, n. 18.* & quidam alij à Maſcardo *relati de probationib. vol. 2. concluſ. 853.* vbi quandam diſtinctionem adhibet ad conciliandas opiniones ex Benedicto Plumbino.

Sed certe hac in re diſtinctione opus non eſt, quoniam ſatis plana eſt & perſpicua. Etenim conſtat inter omnes, reculari hæreditatem poſſe verbis, & quocunque indicio voluntatis, *l. Recuſari. ff. de acquirend. hæred.* ſed quænam ſunt verba magis apta iſtis: Non adibo, Profiteor me non aditurum? His verbis vſi ſunt ad declarandam hæreditatis repudiationem Iuriſconſulti, *vt in l. 1. ff. de Curatore bonis dando, & in l. Vnius, §. primo. ff. Quibus ex cauſis in poſſ. ff. eatur.* Vnde non obſtat, quod reſpondeti ſolet, hæreditatum fuiſſe tempus ad repudiandum, vel adeundum in caſibus, de quibus Iuriſconſulti reſponderunt; quia vnum hoc perpendo, vſos eos fuiſſe verbis illis, & ita interpretatos, vt repudiandi animum ſignificent.

Quod vero Iaſon attulit, non tam ad impugnandam hanc ſententiam pertinet, quam ad oſtendendum, nullum eſſe diſcrimen inter verba præſentis & futuri temporis. Quod etſi concedi poſſe non dubitem; quoniam illa verba, *nolo adire*, mihi repudiandi animum ſignificant, vt ſuperius explicaui, tamen non idem omnibus videtur, & leges ab Iaſone citatæ nihil eum iuuant; quoniam in eo caſu loquuntur, quo certum eſſe præſupponitur, hæredem animum repudiandi habere, quod Decius Iaſoni parum æquus non reticuit.

Caput LXII.

Vtrum pater feudum vni ex filiis prælegare poſſit.

VTrum pater prælegare vni ex filijs feudum poſſit, variæ ac diſſidentes ſunt Doctorum ſententiæ, *vt videre licet ex Curtio iuniore de feudis in 4. parte, Tiraquello de retractu conſanguin. §. 11. Gloſſ. 6. nu. 23. Claro in §. Feudum, quæſt. 40.*

Prima eſt ſententia; patrem poſſe feudum prælegare vni ex filiis, ita reſpondit Paulus Caſtrenſ. *in conſ. 179. incipien. In cauſa, quam Magnificus, libr. 1.* qui multos habuit ſequaces: Fundamentum eius eſt, quia valet argumentum ex ſimilibus, *l. Non poſſunt. ff. de legibus.* Sunt autem multi caſus ſimiles, in quibus pater poteſt vni ex filiis aliquid prælegare. Nam lucra nuptialia tenetur mater reſeruare filiis primi matrimonij: & tamen vnum ex eis poteſt eligere, & alios excludere, *l. 2. C. de ſecund. nupt.* Et licet illa lex Nouella Iuſtiniani ſublata ſit, tamen ratio illius ſublata non eſt.

Secundo, ius patronatus deſcendit in omnes liberos æqualiter, *l. vt iuriſiurandi, §. Si liberi. ff. de operis libert.* tamen poteſt vni ex filiis aſſignari, aliis excluſis, *l. 1. ff. de aſſign. liber.*

Tertio, ſi quis rogatus ſit aliquid fami-

liæ relinquere, poteſt vnum ſolum ex familia eligere, cui relinquat, *l. Vnum ex familia, de leg. 2.*

Quarto, licet quis receperit emphyteuſim pro ſe & liberis ſuis, poteſt tamẽ vnum eligere ex eis, cui relinquat, cæteris excluſis, *vt docet Specul. tit. de locato, q. 78.*

Sic ergo & de feudo reſpondendum, licet teneatur pater illud omnibus filijs reſeruare, pro quibus fuit conceſſum. Poterit tamen illud vni prælegare.

Nec obſtat, ſi dicatur non eſſe permiſſum, vt quis de feudo teſtetur, *vt in cap. 1. de ſucceſſ. feudi.* Quoniam id intelligendum eſt, quando in extraneos quis teſtari vellet, & extraneis feudum legare: non autem ſi liberis relinquere velit, præſertim ſi hoc faceret propter publicam vtilitatem, vtputa ſi feudum iuriſdictionẽ haberet annexam. Expedit enim, vt vni tãtum aſſignetur: quia melius per vnum, quam per multos iuriſdictio adminiſtratur.

Cæterum hoc fundamentum Pauli Caſtrenſis facile deſtruitur. In primis text. *in c. 1. de ſucceſſ. feudi.* excludit interpretationem, quam ipſe adfert. Sic enim ait: [*Si quis igitur deceſſerit filiis & filiabus ſuperſtitibus, ſuccedunt tantum filij æqualiter, vel nepotes ex filio, loco ſui patris, nulla ordinatione defuncti in feudis manente vel valente.*]

Illa verba textus: *Nulla ordinatione*, excludunt omnem ordinationem. Sunt enim generalia. Et quoniam in præcedentibus verbis dictum eſt, filios æqualiter in feudo ſuccedere, & ſtatim ſubiecta eſt illa clauſula: *Nulla ordinatione, &c.* ſatis aperte colligitur non valere vllam defuncti ordinationem, per quam filij non æqualiter ſuccederent.

Deinde, quod attinet ad l. 2. C. de ſecun. nupt. illa eſt prorſus ſublata ex Iuſtiniani Nouella 2. & 22. Quare, vt maxime olim ex ea liceret argumentum ſumere, quod vni ex filiis pater feudum prælegare poſſit, exemplo matris, quæ lucra nuptialia vni ex filiis poterat relinquere: hoc tamen argumentum nõ poteſt amplius adferri; quoniam matri ius illud eligendi vnum ex filiis ademptum eſt.

Denique, argumentum ex iure patronatus ideo nón obſtat; quia de eo teſtari pater prohibitus non eſt, ſicut de feudo imo teſtamento aſſignare libertum poteſt l. Teſtamento. ff. de aſſignan. liber. Similiter nec ille, qui aliquid familiæ rogatus eſt relinquere. Quod vero adfertur ex Speculatore de emphyteuſi argumentũ, non magni ponderis eſt: tum quia controuerſa eſt illa Speculatoris ſentẽtia: tum quia in emphyteuſi talem prohibitionem teſtandi non habemus.

Solet à nonnullis & hoc argumentum adferri: quod ſi pater vni ex filiis feudum prælegauerit, ideo conſiſtat legatum: quia non poteſt alter filius patris voluntatem impugnare, cum ſit hæres, *l. Ex qua perſona. de reg. iur. l. cum à matre. C. de rei vindic.* Sed facile refellitur hoc argumentum. Etenim non eſt filius, qui hoc in caſu patris voluntatem impugnet, ſed eſt lex, quæ prohibet patrem teſtari, & conſequenter feudum ipſum prælegare. Ita quoque nemo diceret, hæredem obligatum eſſe ad legata præſtanda, quæ ſecundum legem nullius ſunt momenti, *vt in §. Non ſolum, in Inſtit. de legatis.* & tamen, quia defuncti voluntatem impugnare hæres non poteſt, dicendum eſſet, teneri ad ea legata præſtanda, quod eſt abſurdum.

Secunda eſt opinio, diſtinguendum eſſe inter feudum antiquum & nouum, videlicet à patre ipſo quæſitum: vt ſi de feudo antiquo agatur, illud pater vni ex filiis prælegare non poſſit, ſi vero de nouo feudo agatur, poſſit. Authores huius ſententiæ putantur fuiſſe, Andreas Iſernia *in c. 1. de aliena. feud.* Andreas Siculus *in conſil. inſerto inter conſil. Alexandri 4. lib. conſ. 55. n. 58. 59.* & eam ſecutus eſt Clarus *d. § Feudum, q. 40.* & multi alij *à Tiraquello citato loco annotato.*

Fundamentum eſt, quia in feudo antiquo non poteſt pater filiis præiudicare, quibus eſt ius quæſitum ex antiqua conceſſione à domino facta, cap. 1. de aliena. feudi paterni. Cæterum in feudo nouo, quod ipſe pater acquiſiuit, poteſt, *argumento l. 5. ff. de ſeruis exportan. & d. c. 1. de aliena. feudi paterni à contrario ſenſu.*

Sed hæc ſententia haud difficulter refutari poteſt. Quoniam dato, quod pater viuens alienando præiudicare poſſit filiis ſuis in feudo nouo, non tamen ſequitur eum poſſe teſtando præiudicare: quia alienatio feudi cum conſenſu domini valet, ſed teſtamentaria diſpoſitio de feudo non valet.

Tertia eſt opinio, diſtinguendum eſſe inter feudum hæreditarium, & non hæreditarium. Nam, ſi ſit hæreditarium, vtputa conceſſum pro quibuſcunque hæredibus, etiam extraneis, videtur patri licere illud vni prælegare: ſecus, ſi non ſit hæreditarium. Ita poſt alios Alexander reſpondit *in conſil. 28. colum. vlt. lib. 5.* & Curtius iunior hanc ſecutus eſt ſententiam *loco ſupra citato*, nec non etiam Clarus. Et fundamentum eſt, qui tale feudum tranſire poteſt ad quemcunque extraneum: ergo multo magis ad filium. Item, quia non tranſit ad filios, niſi ſint hæredes patris. Ergo non licebit eis impugnare defuncti teſtamentum ac voluntatem. *Argum. l. cum à matre. C. de rei vindic.*

Sed hæc ſententia non eſt recipienda propter duas cauſas. Prima eſt, quod cum diſputauimus, an feudum poſſit vni à patre prælegari, id de feudo proprio accipiendũ videtur. Illud autem eſt improprie feudum, quod tranſit ad extraneos hæredes. Deinde, quia etiam in eiuſmodi feudo improprio locum habet generalis prohibitio teſtandi, & ratio illius, vt ex ſequentibus patebit. Et quod dicitur, filium hæredem patris impugnare non poſſe eius voluntatem, refutatur ex his, quæ ſuperius dicta ſunt.

Quarta igitur ſententia docet, patri nõ licere feudum vni ex filiis prælegare, quæ mihi veriſſima videtur. Et eſt communis ſententia, *teſte Zaſio de feudis in 8. part. in 3. partitu. verſ. & hanc partem, multi etiam ſecuti ſunt, quos loco annotato Tiraquellus commemorat. ego addo Iacobum Cuiacium in commentarius ad lib. 4. feudor. tit. 54.*

Probatur multis argumentis. Primo, quia nulla defuncti ordinatio in feudo valet, *vt in c. primo de ſucceſſ. feudi.* ergo nec illa valebit, qua vni ex filiis feudum prælegauerit.

Secundo: Nam patris ius omne, quod habet in feudo, morte eius extinguitur, & aliis defertur, qui ex conceſſione vocati ſunt. Nemo autem legare poteſt ius, quod morte ſua periturum eſt, *l. vxor patrui. C. de legat.*

Tertio: Nam ſi poſſet Vaſallus de feudo teſtari, & feudum legare, illud alienare, & in alium transferre poſſet abſque domini conſenſu, quod legibus feudorum repugnat, *c. 1. de prohib. feudi alienat. per Fridericum.* Nec dicatur poſſe adhibere domini conſenſum: [*Nam ſatis conſtanter veteres decreuerunt teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe oportere, non ex alieno arbitrio pendere.*] l. illa inſtitutio. ff. de hæred. inſtituend. 4

Quarto, omnes filij æqualiter in feudo ſuccedunt, *c. 1. de ſucceſſ. feudi.* ergo non licet patri aliter diſponendo, efficere, vt vnus tantum ſuccedat, *argumento Nouella 2. & Nouella 22.*

Si dicatur etiam in aliis rebus idem conſtitutum eſſe, vt æqualiter liberi ab inteſtato parentibus ſuccedant, & tamen licet ipſis parentibus plus vni legare, quam alteri, *l. Parentibus, C. de inoff. Teſtament.* Reſpondeo, hęc eſſe diſſimilia. Nam in aliis rebus permiſſum eſt parentibus teſtamentum condere. At in feudis permiſſum non eſt. Deinde in aliis rebus ius filiis non competit excepta legitima portione, at in feudo ius competit ex conceſſione domini, qui poſt mortem patris liberos ad feudum inuitauit. Quod ſi proponas patri duntaxat feudum conceſſum fuiſſe, non etiam eius liberis, tunc res erit magis perſpicua, quod pater non poſſit feudum vni prælegare: quoniam ius quod habet, morte ipſius perimitur, & filiis defertur, non tanquam à patre tranſmiſſum, ſicut cætera iura tranſmittuntur ad hæredem: ſed tanquam à lege delatum ipſis filiis, non tanquam patris hæredibus, ſed tanquam filiis.

Hæc poſtrema ratio locum non habet in feudo hæreditario: ſed tamen in eo ſufficere poſſunt aliæ rationes, præſertim,

quia

quia de feudo proprio diſputatio accipienda eſt, non de eo, quod propriam feudi naturam non habet, quale eſt illud, de quo loquitur text. *in c. 1. tit.* de feudo non habente propriam naturam feudi: & ſi qui alij ſunt ſimiles.

CAPVT LXIII.

Pater an prælegare poßit emphyteuſim uni ex filiis ſuis.

PAter emphyteuſim ſtipulatus eſt ſibi ſuiſque liberis, vtrum eam teſtamento prælegare vni ex liberis poſſit? Negat Bartolus *ad l. Vt iuriſiurandi. §. Si liberi. ff. de operis libertor.* Affirmant Ioan. Imolenſis, *in c. Potuit, n. 68. de locato.* Vtriq; non deſunt adſtipulantes, *vt videre licet ex Curtio iuniore de feudis in 4. parte. poſt n. 132. verſ. Subijcit tamen. Claro in §. Emphyteuſis, q. 16. Couar. variar. reſol. li. 2. c. 18. n. 2.*

Fundamentum Bartoli eſt primo *in c. 1. de ſucceſſ. feudi*, ibi: [*Nulla ordinatione defuncti in feudis tenente vel valente.*] Idem igitur & in Emphyteuſi. Secundo, quia filijs ius quæſitum eſt omnibus æqualiter ex ſtipulatione patris, ergo non poteſt eis auferri, *arg. l. Si cum pater. §. ſi pater. ff. ſolut. matr. l. Id quod noſtrum, de reg. iur.*

Fundamentum Imolenſis eſt, quia filijs ius acquiſitum eſt beneficio patris, ergo pater auferre poteſt, *argum. l. 3. ff. de ſeruis exportand. l. Qui Romæ. §. Flauius. ff. de verb. oblig. cum ibi notatis a Bartolo.*

Deinde, quia pater dum acquirit filijs ſuis aliquid, videtur illis donare, *l. Filiæ. C. fam. hercisc.* ſed donatio reuocari poteſt, vt ibi dicitur. Videtur autem reuocari ex eo, quod pater vni prælegauit, quia ex eo apparet patrem nolle, vt alij habeant, Ergo prælegatum valet. Addi poteſt, emphyteuſim alienari poſſe, & in alios transferri, *l. 3. C. de iure emphyt. §. Adeo, in Inſtit. de locat.* Ergo & legari poterit.

Ego puto Bartoli ſententiam veriorem eſſe, & moueor hoc argumento. Quoties pater filio ſtipulatur in tempus, quo ſui iuris eſt, actio ipſi filio acquiritur, *l. Non quodcunque, 45. §. ſi quis ita. ff. de verb. obl.* Vlpianus. [*Si quis ita ſtipulatus ſit, poſt mortem meam filiæ meæ dari, vel ita: poſt mortem filiæ meæ mihi dari vtiliter erit ſtipulatus: ſed primo caſu filiæ vtilis actio competit, licet heres ei non exiſtat.*] Dicitur autem vtilis actio competere, & non directa: quia nemo alteri ſtipulari poteſt, tamen hoc in caſu valet ſtipulatio, quia pater eſt, qui filio ſtipulatur: ſed quia refertur ſtipulatio in tempus, quo ſuis iuris eſt, videtur idem, ac ſi extraneo vel emancipato ſtipuletur, ideo non oritur directa actio, ſed vtilis.

Sed in præſenti caſu pater filijs ſuis ſtipulatur in tempus, cum erunt ſui iuris effecti: nimirum poſt mortẽ ipſius patris: quia emphyteuſis hoc modo conceſſa, intelligitur cõceſſa primũ patri, & eo mortuo filijs: ergo poſt mortem patris actio filijs acquiritur.

Hoc ita poſito ſic argumentor: Emphyteuſis poſt mortem patris ad filios ſpectat æqualiter, quia ęqualiter omnib. pater acquiſiuit & ſtipulatus eſt. Ergo non licet patri eam vni tantum prælegare.

Probo cõſequentiam. Nam ſi filijs omnibus emphyteuſis acquiritur poſt mortẽ patris: ergo patris ius morte finitur. Sed quando aliquis legat rem aliquam in qua ius habet, ſed illud morte eius extinguitur, non valet legatum, *l. Vxor patrui. C. de legatis. l. Si domus. §. vlt. & l. Quod in rerum natur. §. 1. de l. 1.* Ergo in propoſito caſu legatum non valet.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo: illud procedere, quando id, quod pater ſtipulatur vel acquirit filijs, non refertur ad illud tempus, quo ſui iuris ſunt: quia tunc ius acquiritur filiis, ac proinde eis auferri non poteſt. Nec ad rem pertinet, l. 3. ff. de ſeruis exportand. & ſimiles, quibus dicitur, vendito ſeruo, & intra certum tempus manumittatur, poſſe venditorem ab hac manumiſſionis lege diſcedere, & eo pœnitente, non teneri emptorem ſeruum ea lege venditum manumittere. Nam ratio eſt ibi manifeſta, quia ſeruus eſt venditoris, quia pactum adiecit, neque ſeruo

actio

actio quæſita eſt; licèt enim libertatis ſit capax, ac proinde fiat liber ex eo pacto: non tamen ius acquirit irreuocabile, ſed hoc pendet ex voluntate domini. At in caſu noſtro actio filijs acquiritur ex ſtipulatione patris, quia refertur in illud tempus, quo ſui iuris ſunt, quo caſu patri non acquiritur.

Ad ſecundum argumentum concedo donationem eſſe; ſed quia confertur in tempus, quo filij ſui iuris ſunt, illis actio competit, quam pater auferre non poteſt prælegando; quia prælegatum poſt mortem patris effectum habet, quo tempore pater nullum ius habet in emphyteuſi.

Ad argumentum, quod attuli de alienandi poteſtate, quæ patri competit, reſpondeo, diuerſam eſſe rationem inter alienationem & legatum. Nam alienatio fit inter viuos à patre, qui tunc obtinet & poſſidet emphyteuſim; ac proinde poteſt illam alienare. Nam acquirendo ſibi & filijs, primum ſibi acquiſiuit, deinde filijs, quare ſi velit, poteſt meritò alienare. Neque dum filijs ſtipulatus eſt, intelligitur ſibi præiudicare voluiſſe, quo minus ſuo iure rem alienare poſſet. Sed prælegatum fit in vltima voluntate, & in tempus refertur, quo pater nullum ius habet: ſed filijs ex ſtipulatione ius competit, *l. Illa inſtitutio. ff. de hæred. inſtit.*

Si quis autem hæc adferat iuris regulam: Hæredem non poſſe voluntatem defuncti impugnare; ac proinde filium, qui eſt patris hæres, prælegatum agnoſcere, ac minimè impugnare oportere, cùm & res aliena legari poſſit, & ipſius hæredis propria. Reſpondeo, non filium hæredem patris legatum impugnare, ſed legem, quæ hanc legati ſpeciem non mouet: quia hoc legatum interpretatur, non tanquam legatum rei alienæ legatum, ſed tanquam legatum rei propriæ legantis, qui crediderit ſe ius habere legandi, cùm non haberet. Vis clariùs hoc videre? [*Vxor patrui tui, ſi teſtata deceſſerit, res tamen tantum vſumfructum earum habens, legare non potuit.*] l. Vxor. C. de legatis. Hic teſtator ſi res alienas legauerit, ideo non valet legatum; quia videtur legare ius quod habet, illud autem morte eius extinguitur. Id non latuit Accurſium, qui ita ſcribit eo in loco: [*Sed nonne potuit rem alienam legare (Reſpondeo vtique, ſed cùm non ſit, ius quod habet tantum legare videtur, at hic poſt mortem nullum ius remanebit, quare legatum non tenet.*] Et ſequuntur Iaſon, Bartol. & alij *in commentarijs d. l. Vxor.*

Atque huc pertinent verba illa l. Sticho, ff. de vſufruct. legat. [*Videri Stichum potiùs, quod habere ſe crederet, quàm quòd onerare hæredes vellet, legaſſe.*] Et eſt communis omnium ſententia, quod legatum non valeat, quoties teſtator legatam rem, in qua ius habet morte ſua periturum, in feudo, & emphyteuſi exempla adfert poſt alios ab eo citatos Menochius *de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 118. num. 19. 20.*

Quod ſi proponatur, teſtatorem omninò voluiſſe, etiamſi ſciret poſt mortem ſuam nihil ſibi iuris competere in emphyteuſi; ſed eam ad liberos pertinere, pro æquis portionibus, eam vni prælegare, tunc putarem legatum valere; quia in claris non eſt opus coniecturis, *ex traditis per Alexandrum in conſil. 9. num. 16. lib. 2. cum alijs à Menochio citatis loco proximè annotato, numer. 23. & præſumpt. 117. numer. 6. 7. eod. lib.* Eſt enim exploratum, rem alienam legari poſſe, *l. Cùm alienam, C. de legatis, & rem hæredis, l. Vnum ex familia. §. Si rem, de legat. 2. l. Cùm filius. §. Dominus. ff. eod. cum multis alijs ſimilibus.*

Verum in iſtis terminis controuerſia à nobis hoc in capite propoſita, non eſt inter Doctores: ſed quando pater ſimpliciter prælegat vni ex filijs totam emphyteuſim, quæ communis eſt omnibus filijs. Tale legatum non valet, quia patris ius morte extinguitur, ex ijs, quæ iam allata ſunt.

CAPVT LXIV.

De donatione ſimplici, an ſit conferenda ad l. Filiæ. C. famil. herciſc. l. Si donatione. C. de collat. & l. penult. C. eodem tit.

SVPERIORE libro nonnullas de collationibus quæſtiones controuerſas expoſui,

poſui, atque illam in primis: an donatio ſimplex filiofamilias collata ſit conferenda necne? quam & in hoc capite iterum exponendam propoſui. Iuuat autem eam retractare: quoniam alia quędam in mentem venerunt, quæ veritati magis conſona eſſe planè iudico; nec illud moror, quod fortè aliqua ex parte, iis, quæ aliàs dixi, hæc aduerſabuntur, quoniam hoc vnum mihi pręcipuum ſtudium eſt, veritatis inquirendæ, eiuſdemque inuentæ ad publicam vtilitatem in lucem proferendæ, paratusque ſemper ero, toties mutare ſententiam, quoties veritatem vel ipſe inuenero, vel ab alijs inuentam cognouero.

Controuertitur; an donatio ſimplex, vt dixi, conferenda ſit. Non eſſe conferendam probat l. Filiæ. C. famil. herciſc. Conferendam eſſe probat l. Si donatione. C. de collat. Rurſus conferendam non eſſe probat l. penult. C. eod.

Quod attinet ad l. Filiæ. eam ſic accipio. vt loquatur condito teſtamento, propter illa verba: [*Si non poſtea contrarium eius iudicium probetur.*] Videntur enim indicare, textum accipiendum eſſe, quando aliquod extat patris iudicium, ſcilicet teſtamentum, ſed non contrarium donationi factæ; Et in hoc aſſentior Iacob. Cuiac. *lib. 3. cap. 30.*

Quod attinet ad l. Si donatione, quæ eſt eiuſdem Diocletiani; eam puto accipiendam nullo condito teſtamento, vt videlicet tunc collationi locus ſit: nullum enim eſt ibi verbum, ex quo teſtamentum conditum ſignificetur.

Sed contra obijcitur, eiuſmodi donationem conferendam non eſſe; quia non valet, & morte patris ſilentioque confirmatur, *l. Donationes. C. de donat. inter vir. & vxo.* Et ideo videtur filius rem donatam habere quaſi ex legato vel fideicommiſſo, atque adeò poſt mortem patris acquirere, quo in caſu collationi locum non eſſe inter omnes conuenit, & verum eſt, *l. Nec emancipati, C. de collat.*

Item opponitur l. pen. in fin. C. eod. tit. vbi dicitur: [*Simplicem donationem non aliter conferri, quàm ſi donator eam legem ſuæ liberalitati appoſuerit.*]

Non ſatisfacit, quod nonnulli dicunt, Diocletiano imperante nōdum fuiſſe conſtitutum, vt donatio morte patris confirmaretur, quaſi id à Iuſtiniano conſtitutum fuerit *in d. l. Donationes.* quoniam etiam Diocletiani temporibus idem iuris fuiſſe, vt donatio confirmaretur morte & ſilentio donatoris, indicant l. 2. C. de inoffic. donat. l. Si non verum is. C. de donat. inter virum & vxor. l. Cùm de bonis, 11. C. de donat. & ex ipſa l. Donationes, apparet non Iuſtinianum illud primum ſtatuiſſe, ſed declaraſſe, quomodo eſſet accipiendum id, quod iam erat conſtitutum, & quod donatio retrotrahenda eſſet ad diem, quo conſcripta eſt.

Et hæc eſt communis veterum interpretum ſententia, quòd donatio morte patris olim confirmaretur, *vt videre licet ex Bartolo, Caſtrenſi, & alijs ad l. 1. §. 1. ff. de donatio.* quibus non obſtat ille textus, dicens vſucapi non poſſe rem à patre donatam filiofamil. cum alijs à Cuiacio notatis *ad l. 2. ff. pro herede. & ad lib. 5. ſentent. Pauli titul. 11.* quia, vt poſt Cynum declarat Caſtrenſis *in d. §. 1.* confirmatur quidem morte patris donatio, ſi pater rem ſuam donet: ſecùs ſi alienam, tunc enim iniquum eſt, vt confirmetur in præiudicium alterius, qui eſt dominus. Et notandum eſt, idem eſſe, quod dicitur, ſilentio donatoris patris confirmari donationem, ſicut loquitur *l. Donationes. C. de donat. inter vir. & vxor.* ac ſi dicatur, ſi pater in eadem voluntate perſeuerauerit, vt loquitur Diocletianus *in l. ſi non verum is. C. eodem tit.* Dicitur enim in eadem voluntate perſeueraſſe, qui mortuus eſt voluntate non mutata. Et ideo Iuſtinianus in d. l. Donationes. [*Ita firmas eſſe,* inquit, *per ſilentium donatoris vel donatricis ſancimus: Si vſque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint inſinuatæ.* Et paulò infra: *Tunc & ſilentium donatoris, vel donatricis & ſpecialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conſcripta eſt.*] Ex quibus verbis apparet Iuſtiniano idem eſſe perſeuerantiam in eadem voluntate, & ſilentium donatoris. Et id ſolùm ſtatuiſſe, vt tunc confirmetur donatio, cùm non excedit quantitatem legitimam;

mam, vel cùm eam excedens fuerit actus inſinuata. Item vt donatio rètro trahatur ad tempus, quo conſcripta eſt, quod antea conſtitutum non erat.

Item non probatur, quod ad l. penult. dicunt, illam eſſe accipiendam de filio emancipato, quia ibi loquitur textus de donatione matris, quam conſtat non habere filios in poteſtate. Nam nullum ibi fit verbum de filio emancipato, ſed de filio ſimpliciter, & fit mentio etiam donationis patris, & quod caput eſt, filium emancipatum conferre debere donationem ſimplicem, dubitari non poteſt ex forma edicti Prætoris, de quo in l. 1. ff. de collat. bonorum, & in l. Si emancipati. C. de collat. & in l. Vt liberis. C. eod. ad finem.

Exiſtimo itaque ita reſpondendum eſſe, licèt ſimplex donatio patris non valeat, & morte confirmetur, tamen conferri debet: quoniam legati & fideicommiſſi naturam non habet, ſed potiùs donationis inter viuos. Id patet, quia retrotrahitur ad tempus, quo conſcripta eſt: & ſic non valet ex die mortis patris, vt cætera legata & fideicommiſſa, ſed fingitur ab initio valuiſſe, vt in dict. l. Donationis. ibi: [*Tunc & ſilentium donatoris vel donatricis, & ſpecialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conſcripta ſit.*] Cùm itaque retrotrahatur, atque perinde habeatur, ac ſi ab initio valuiſſet, cùm fuit conſcripta, ceſſat argumentum, ex quo videbatur locus non eſſe collationi, quaſi filius donationem poſt mortem patris conſecutus eſſet, & ex vltima eius voluntate. Videtur enim eam conſecutus patre viuente: & ideo meritò conferenda, vt ſeruetur inter filios æqualitas parentibus inteſtatis ſuccedentes: vel etiam attento nouiſſimo iure teſtamento condito defunctis, *iuxta Nouellam de Triente & Semiſſe. §. Illud.*

Quod verò attinet ad l. penult. non puto ſenſum eſſe illius legis hunc, vt donatio ſimplex non conferatur, ſi pater, vel mater inteſtati deceſſerint: ſed ſi deceſſerint teſtamento condito, quod per querelam reſciſſum ſit, tunc enim ex antiquis legibus certum erat, donationem inter viuos conferendam non eſſe, niſi donator eam legem ſuæ liberalitati appoſuerit. *vt in l. Si non mortis. ff. de inoffic. teſtament. & in l. Si quando. §. illud, & §. Generaliter. C. eodem tit.* Vlpianus: [*Si non mortis,* inquit, *cauſa fuerit donatum, ſed inter viuos, hac tamen contemplatione, vt in quartam habeatur, poteſt dici inofficioſi querelam ceſſare, ſi quartam in donatione habeat; at ſi minus habeat, quod deeſt, viri boni arbitratu repleatur, aut certè conferri oportet id, quod donatum eſt.*]

Vides, vt puto, lector, hic locum eſſe collationi, etiam teſtamento condito. Item donationem ſimplicem conferri, quia eam conditionem donator appoſuit, vt conferretur. Id patet ex illis verbis: [*Hac tamen contemplatione, vt in quartam habeatur.*] Eſt enim perinde, ac ſi dictum fuiſſet, hac tamen contemplatione, vt conferatur: quia omnia conferuntur, quæ in quartam imputantur, vt patet ex d. l. penult. C. de collationibus. [*Vt omnia,* inquit textus, *quæ in quartam portionem ab inteſtato ſucceſſionis computantur ijs, qui ad actionem de inofficioſo teſtamento vocantur, etiamſi inteſtatus is deceſſerit, ad cuius hæreditatem veniunt, omnimodò cohæredibus ſuis conferant.*]

Ad eundem modum loquitur textus *in d. l. Si quando. §. Et generaliter. C. de inoffic. teſtament.* vt patet ibi: [*Aliquid dederit, vt mortis cauſa donatione, vt inter viuos ſub ea conditione, vt hæc inter viuos donatio in quartam ei computetur.*] Et poſt hæc textus loquitur de illa ſpecie, in qua teſtamentum eſt conditum, & minus legitima portione filio relictum eſt.

Donatio itaque inter viuos in legitimam filij non imputatur, & ideo teſtamentum inofficioſum filius dicere poteſt: niſi ea conditio donationi adiecta ſit, vt in legitimam imputetur. Nam eo in caſu querela ceſſat, & conferenda erit, *vt in d. l. Si non mortis.*

Hæc igitur eſt ſententia Iuſtiniani *in d. l. penult. C. de collat.* licèt, ſimplex donatio non conferatur, niſi eam conditionem donator, ſcilicet pater vel mater, vel alij parentes adiecerint: tamen illo in caſu conferenda erit, vt inter liberos æqualitas ſeruetur,

quando alter filius confert dotem vel donationem propter nuptias.

Exemplum eſto. Vnus ex filijs confert dotem vel donationem propter nuptias. Alter in quem ſimplex donatio collata eſt, negat ſe conferre debere: Adfert hanc rationem: quia eſt donatio ſimplex inter viuos, quæ non confertur, niſi donator eam conditionem appoſuerit. Imperator ſtatuit, vt ea exceptione non obſtante conferre debeat.

Illa verò exceptio, quòd ſimplex donatio non conferatur, non habet locum in ſucceſſione inteſtati, ſed teſtati duntaxat, & in hunc modum obijcitur. Nam cùm ita conſtitutum ſit, vt ſi teſtamentum ſit inofficioſum, illud reſcindi poſſit à filio exhæredato, licèt donationem inter viuos ſimplicem conſecutus fuerit, ea conditione non adiecta, vt conferatur, vel vt in legitimam portionem imputetur, & ſic eo in caſu donatio ſimplex non conferatur. Tamen fieri poteſt, vt alter ex filijs ei, qui ſimplicem donationem accepit, conferre teneatur dotem, vel donationem propter nuptias, ſi fortè teſtamentum tanquam inofficioſum reſciſſum ſit, & tunc Iuſtinianus ſtatuit, illum quoque, qui ſimplicem donationem accepit, conferre oportere donationem ipſam, vt æqualitas ſeruetur ea exceptione non obſtante. Quod autem reſciſſo teſtamentò per querelàm locus collationi ſit dotis vel donationis propter nuptias, manifeſtum eſt ex l. Vt liberis. C. eod. tit. in qua ſic ſtatuit Imperator Leo; [*Vt liberis ſiue ſui iuris, ſiue in poteſtate conſtitutis quocunque iure inteſtatæ ſucceſſionis, id eſt aut teſtamento penitus non condito, aut ſi factum fuerit contra tabulas bonorum poſſeſſione petita, vel inofficioſi querela mota reſciſſo; æqua lance pariquè modo proſpici poſſit, hoc etiam æquitatis ſtudio præſenti lege credidimus inſerendum, vt in diuidendis rebus inteſtato defunctorum parentum tam dos, quàm ante nuptias donatio conferatur.*]

Hæc eſt mea hac in re longè difficillima ſententia, ex qua primò perſpicuum euadit ſimplicem donationem filio in poteſtàte factàm, conferendam eſſe, & hanc amplector, quicquid dixerim. Secundò, nullam eſſe antinomiam inter l. Filiæ. & l. Si Donatiòne. Tertiò, aliam eſſe ſententiam, quam vulgò credatur, *l. penultim. C. de collat.*

Capvt LXV.

Ad l. vlt. C. de collat. an ſit extendenda ad filios emancipatos.

Controuerſia eſt maximi momenti; an quod conſtitutum eſt in l. vlt. C. de collat. vt aduentitia bona non conferantur, iuſta interpretatione trahi ad emancipatos poſſit. Et licèt ſupr. *lib. 5. cap.* 83. ea de re aliquid dixerim, placet tamen diligentiùs expendere, ne ſummas difficultates præterire, & eis quodammodo videar terga vertere: [*Vt nemini*, inquit Iuſtinianus, *de cætero ſuper collatione dubietas oriatur, neceſſarium duximus, conſtitutioni, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, vt res quas parentibus adquirendas eſſe prohibuimus, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiaceant. Vt enim Caſtrenſe peculiùm in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris authoritate minimè cogebantur: ita & alias res, quæ minimè parentibus acquiruntur, proprias liberis manere cenſemus.*] l. penult. C. de collat.

Qui negant hanc Conſtitutionem ad emancipatos pertinere, duo perpendunt. Primum, quod Iuſtinianus dicit: [*Vt nemini de cætero ſuper collatione dubietas oriatur.*] Hæc dubitatio oriri non poterat, quantum ad filios emancipatos, quia certum erat eos conferre debere ſua, cùm appetunt paterna, *l. 1. ff. de collat. bonorum, l. Si emancipati, l. Vt liberis. C. de collat.* ſed oriri poterat hæc dubitatio, quantum ad filios in poteſtate: quia Iuſtinianus iam ſtatuerat *in l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis*, vt aduentitia bona patri non acquirerentur, niſi quantum ad vſumfructum; quamobrem meritò dubitare quis poterat, an aduentitia conferre tenerentur. Nam eos ad conferendum teneri, illa ratio adferri poterat, quod antiquæ leges hunc caſum non excipiebant. Contra non teneri: quia cùm patri aduentitia bona non acquirerentur, non videbantur

bantur etiam conferenda, ſicut nec Caſtrẽſis, vel quaſi Caſtrenſia bona, quę patri non acquirebantur.

Alterum eſt, quoniam Iuſtinianus dicit ſe hoc addere vele Conſtitutioni, quam iam fauore liberorum fecit, vt res, quas patribus acquirendas eſſe prohibuit, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiacerent. Illa autem Conſtitutio pertinet tantum ad liberos, qui ſunt in poteſtate. Eſt enim in l. Cum oportet, C. de bonis, quæ liberis. Ergo & hæc noua Conſtitutio de collationibus ad eoſdem tantum pertinere debet.

Pro confirmatione addi poteſt argumentum aliud, nimirum, ſi emancipatus aduentitia bona conferre non teneatur, fore, vt edicti Prætoris forma, quæ in l. 1. ff. de collatione bonorum, habetur, vna cum alijs legibus quæ emancipatos conferre præcipiunt, ſublata nunc ſit, quod tamen cum expreſſe à Iuſtiniano factum non ſit, non videtur eſſe temere præſumendum.

Iſtis non obſtantibus, ab ea ſententia non recedo, quam poſui ſupra *dicto libro 5. cap. 83.* nempe Iuſtiniani Conſtitutionem ad emancipatos etiam pertinere, ex interpretatione prudentum, & ideo nec emancipatos hodierno iure ad conferenda bona aduentitia obligatos videri. Moueor hoc argumento. Nam ratio, cur emancipati olim conferre tenerentur aduentitia bona, hæc erat: quoniam quicquid acquirebat filius in poteſtate exiſtens, acquirebat patri, exceptis Caſtrenſibus, vel quaſi, *l. Placet, ff. de acquirend. hæredit. l. 1. ff. Si à parente quis fuerit manumiſſ.* Illud autem quod acquirebat filius emancipatus, acquirebat ſibi; Ergo iniquum erat, vt emancipatus, æqualem haberet partem bonorum paternorum, in quibus erant etiam bona à filio in poteſtate quæſita, niſi ipſe quoque emancipatus ſua bona conferret, & hæc eſt illa æquitas, cuius meminit Iuriſconſultus in l. 1. ff. de collatione bonorum: [*Vt ſua quoq; bona in medium conferant, qui appetunt paterna.*] & ibi Bartol. optime declarat. Quapropter, ſi emancipatus olim aliqua bona acquireret, quæ non acquirerentur patri, licet in poteſtate patris eſſet, illa non conferebantur, l. Si fratres. §. Idem Papinianus. ff. pro ſocio. ibi, [*Quamuis filius emancipatus hæc non cogatur conferre fratri in poteſtate manenti, quia etſi in poteſtate maneret, præcipua ea haberet.*]

His adde, Iuſtinianum ipſum in d. l. vlt. ſimili modo ratiocinantem, dum ait: [*Vt enim Caſtrenſe peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris autoritate minime cogebantur, ita & alias res, quæ minime parentibus acquiruntur, proprias liberis manere ſancimus.*]

Cum igitur aduentitia bona, ex l. Cum oportet, C. de bonis, quæ liber. non acquirantur patri. licet filius ſit in poteſtate, ceſſat prorſus ratio & fundamentum collationis. Nam ſicut emancipatus non acquirit patri, ita nec ſuus. Ergo ille nõ poteſt emancipatum cogere, vt conferat, eam ob cauſam, quod ipſe filius in poteſtate omnia patri ſuo acquirat, emancipatus autem ſibi. Nam nec ſuus aduentitia quærit patri, ſed ſibi. Et ideo res redacta eſt ad antiquam regulam illam, cuius meminit Papinianus in d. l. Si fratres. §. Idem Papinianus. ff. pro ſocio: [*Vt quæ emancipatus, ſi in poteſtate maneret, præcipua haberet, non cogatur conferre fratri in poteſtate manente.*] Sed iam aduentitia, quæ emancipatus habet præcipua, ſimili modo præcipua haberet, ſi in poteſtate maneret, *ex l. Cum oportet, C. de bonis, quæ liber.* ergo conferre non tenetur.

Ad argumenta in contrarium reſpondeo, fatendo verba Iuſtiniani pertinere ad filios in poteſtate manentes, quod ſatis clare, euincunt rationes ſuperius allatæ: ſed noſtra diſputatio eſt: An ex interpretatione idem ſtatuendum nunc ſit in emãcipatis; & dicimus idem eſſe ſtatuendum, atque ita Iuſtiniani legem, quæ de ſuis loquitur, ad emancipatos extendimus ob cauſas iam allatas.

Antiquas vero leges, & Prætoris edictum ideo non offendimus, quia ceſſat ratio nunc antiquarum legum, & Prætorij edicti, propter nouam l. Cum oportet, C. de bonis, quæ liber. Et iſto in ſtatu, in quo

nunc reſ eſt, etiam veteres Iuriſconſultos reſponſuros fuiſſe, collationi locum non fore; ſatis perſpicuum eſſe ex ſupradicto Papiniani reſponſo exiſtimamus.

CAPVT LXVI.

Ad legem, Qui ſe patris, C. Vnde liberi.

IMperator Conſtant. [*Qui ſe patris poſt aui inteſtatum defuncti negat hæredem, mortui aui paterni ſuſcipere facultates non poteſt, maxime emancipatus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad eiuſmodi beneficium peruenerit.*] l. Qui ſe patris, C. vnde liberi.

Iacobus Cuiac. lib. 4. Obſ. c. 6. [*Hoc Reſcriptum, vt obſcurum eſſe exiſtimetur, Accurſij interpretatio facit, quæ nutat, vacillatq; adeo, vt certi ex ea, quod ſtatuas, colligere vix quidquã poſſis. Mihi huius Reſcripti ſpecies apertiſſima videtur. Si poſt mortem aui inteſtati, filius delata hæreditate priuſquã ſe immiſceret, deceſſerit, nepos ex eo dubitare poteſt, an auo hæres ſit. Si filius miſcuiſſet ſe, nihil dubitaremus: nec. n. tunc, niſi per patrem nepos aui hæreditatem obtinere poſſet. At ſi filius non miſcuerit ſe, ac deceſſerit, dubitatur, an nepos auo hæres ſit. Et ſane, ſi patris ſui, id eſt, ſi filij hæreditatem ſuſcipiat, ſuſcipiet etiã aui hæreditatem tranſmiſſionis iure, quoniam ſui etiam ignorantes parentum hæreditatem ad hæredes tranſmittunt, l. Apud hoſtes, C. de ſuis & legitim. hæred. l. 2. §. Si quis ex liberis. ff. ad Tertyl. At ſi nepos nolit filio hæres eſſe, an dicemus eũ auo ſuum hæredem futurum? Minime vero, idq; in emancipato nepote dicemus facilius, quam in eo, qui eſt in poteſtate aui. Sed tamen in vtroq; idem iuris eſt, quoniam in ſuis hæredibus ſucceſſio non eſt, l. 1. §. Sciendum. ff. de ſuis & legit. hæred. Tempore enim delatæ hæreditatis eum filius in ea hæreditate præceſſit. At defendi poteſt, daturum ei Prætorem bonorum poſſeſſionem, Vnde liberi, & hoc ſentit in eo Reſcripto Conſtantinus, cum ſit poſitum ſub tit. Vnde liberi, &c.*]

Hæc, quam attulit Cuiacius, interpretatio antiquorum fuit interpretum Baldi, Aretini, Iaſonis, Cagnoli, & aliorum multorum.

Sed vt reuertar ad Cuiacium, ille explicat cauſam, ob quam iure Ciuili nepos non admittatur, vt & alij explicarunt, & ſatis eſt perſpicua. Verum in eo verſatur difficultas, quo pacto nepos bonorum poſſeſſionem petere poſſit. Etenim hæreditas aui ad filium eius tranſit ipſo iure, tanquam ſuum hæredem, qui moriens eam etiam nõ agnitam ad hæredem tranſmiſit, *l. Apud hoſtes, C. de ſuis, & legit. hæred.* Sed nepos negat ſe patris hæredem eſſe, ergo ad alios patris hæreditas pertinere debet: Et conſequenter etiam aui hæreditas, quæ mixta eſt, & in vnum patrimonium redacta.

Reſpondent Cagnolus, & alij ex antiquioribus, æquitatem Prætoris hoc efficere, propter ſummam coniunctionem aui, & nepotis, vt hæreditas deuoluatur ad extraneos. Non recte, quia ſibi nepos imputet, qui abſtinet ab hæreditate patris, cui admixta eſt & aui hæreditas. Nec enim Prætor alijs auferre ius ſuum poteſt, & iuris formam tollere.

Alij dixerunt, patrem in ſpecie dictæ legis repudiaſſe hæreditatem patris ſui, id eſt, aui ipſius nepotis, Gloſſ. Bartolus, Paulus Caſtrenſis, & Aretinus. Sed illis obſtat primo, quod tunc nepos potuiſſet etiam iure Ciuili ſuccedere in hæreditate aui, *l. Defunctæ, C. de legit. hæred.* Secundo, quod nepoti hoc in caſu nil noceret repudiatio hæreditatis paternæ. Videtur autem a contrario ſenſu Conſtantinus indicare nepotem, ſi non neget ſe patris hæredem iure Ciuili admittendum ad hæreditatem aui. Et tamen id ei non prodeſſet, ſi pater eius abſtinuiſſet: neque enim ex perſona eius, tanquam hæres, auitam hæreditatem conſequi poteſt.

Alij dixerunt, nepotem iſtum, qui ſe patris negat hæredem, non videri bonorum poſſeſſionem iure prætorio competentem omittere, *l. Suum, C. de iure deliber. l. Quoties duplici, de regulis iuris.* Itaque excluſus ab adeunda hæreditate iure Ciuili, videtur bonorum poſſeſſionem, vnde liberi, petere poſſe. Ita Albericus, quem ſequuntur Duarenus, & Decius, repugnante Cagnolo, quoniam hæreditatis appellatione veniat etiam bonorum poſſeſſio, *ex l. Hæreditatis appellatione, ff. de verborum ſign. & l. pu-*

bertem,

berem, Cod. de iure delib. quæ leges id non dicunt.

Sed libenter ſcirem, quo pacto id accipiendum ſit: an nepos petita bonorum poſſeſſione, obtineat etiam patris ſui facultates, an vero aui duntaxat? Si patris quoque ſui, res eſt ſatis plana: Sed vereor, vt Cæſareo reſcripto ſit conformis: quia præſupponit nepotem patris ſui hæredem non eſſe, & conſequenter loquitur eo in caſu, quo facultates eius non obtinet: non ponens vim in eo, quod negando ſe patris hæredem, à bonorum poſſeſſione excluſus non ſit, nec illud requirens, vt nepos bonorum poſſeſſionem petat patris ſui, ſed dicit ad huiuſmodi beneficium per bonorum poſſeſſionem, nepotem peruenire, vt ſcilicet, aui paterni ſuſcipere facultates poſſit.

Si vero aui paterni duntaxat bonorum poſſeſſionem nepos conſequitur, in ſuperiorem ſcopulum incidimus, quo pacto liceat Prætori bonorum poſſeſſionem hoc in caſu concedere nepoti abſtinenti ab hæreditate patris, cum ad alios hæredes ipſius patris pertineat & hæreditas, & bonorum poſſeſſio aui: quæ cum paterna hæreditate in vnum patrimonium eſt redacta.

Hæc eſt mea coniectura, hunc, de quo agitur, nepotem ſuum eſſe patris defuncti, in cuius eſt poteſtate, ſed cum beneficio abſtinendi, *iuxta §. Sui, in Inſtitut. de hæred. qualitat. & different.* Tanquam igitur patris hæres conſequitur etiam auitam hæreditatem: Illam enim, vt recte dictum eſt, etiam non agnitam tranſmittit filius, *l. Apud hoſtes, C. de ſuis & legitimis hæred.* & ideo ad hunc nepotem hæredem tranſmittit. Cum itaque nepos iſte, tanquam hæres patris, etiam hæreditatem aui obtineret, volebat abſtinere ab hæreditate patris, & aui hæreditatem retinere.

Reſpondit Conſtantinus, iure Ciuili non poſſe id fieri, quia videtur eſſe vna & eadem hæreditas patris & aui: iure autem Prætorio id obtineri poſſe per bonorum poſſeſſionem, ratio eſt: quia licet videatur vna eſſe hæreditas, tamen conſiderari debet ex æquitate Prætoria, vt duplex hæreditas. Nam ſi nepos, tanquam hæres patris ſui, vellet ſe abſtinere hoc in caſu ab hæreditate aui, poſſet id facere, *l. ſi quis filium. 7. §. 1. ff. de acq. hæred.* Paulus: [*Si filius priuſquam ſciret ſe neceſſariam extitiſſe patri hæredem, deceſſerit: relicto filio neceſſario: permittendum eſt nepoti abſtinere ſe aui hæreditate: quia & patri eius idem ius tribueretur.*]

Si, vt vna hæreditas conſideranda eſſet, non liceret nepoti abſtinere: quia nemo poteſt hæreditatis partem retinere, & partem repudiare, *l. 1. & 2. ff. de acq. hæred.* Sed quia duplex eſt hæreditas, ideo permiſſum eſt nepoti, retenta patris hæreditate, abſtinere ab hæreditate aui.

Idem ergo permiſſum eſt ex contrario, vt nepos hæres patris ſui, & aui abſtineat ab hæreditate patris, & aui hæreditatem obtineat. Hoc autem Prætoris beneficio obtinebit per bonorum poſſeſſionem, non iure Ciuili: quia in ſuis hæredibus ſucceſſio non eſt, *l. 1. §. Sciendum. ff. de ſuis & legitimis hæred.* hoc eſt, non eſt locus edicto ſucceſſorio ex perſona in perſonam: & ſic ex perſona filij in perſonam nepotis. Quamobrem ad hæreditatem aui nepos non vocatur, quia filius gradu eum præcedit, & ſuus hæres eſt ipſo iure: nec enim abſtinuit iſto in caſu. Iure tamen Prætorio bonorum poſſeſſionem obtinebit ex cap. Vnde liberi, quandoquidem filius ei non obſtat, nec alius extraneus hæres.

Caput LXVII.

An l. Qui ſe patris, C. Vnde liberi, hodie ſit correcta.

Poſthæc breuiter tractanda eſt illa controuerſia, an l. Qui ſe patris, C. Vnde liberi, correcta ſit. Accurſius enim correctam eſſe exiſtimauit, quem poſteriores vſque ad Bartolum refutarunt. Sed Bartolus, Caſtrenſis, Decius defendunt, Iaſon contradicit, & quidem alij. Rei difficultas in hoc eſt poſita, quod nouo iure ſucceſſorium edictum locum habet inter agna-

agnatos, ideo, ſi filius in ſpecie huius legis patris hæred. repudiaret, iure Ciuili nepos admitteretur tanquam agnatus, §. *Placebat, in Inſtit. de legitim. agnat. ſucceſſ.* & Bartolus textum pro hac ſententia adfert notatu dignum in l. Defunctis, C. de legit. hæred. Diocletianus: [*Defunctis ſuis extantibus hæredibus & abſtinentibus, vel repudiantibus hæreditatem, frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt.*]

Reſpõdetur ab aliquibus, ſed male, textus illos de collateralibus loqui: Nam licet de his loquantur, argumentum tamen non tollitur, quia ex ijs textibus apparet, ſuis hæredibus abſtinentibus, alios ex edicto ſucceſſorio vocari: Et conſequenter nepotes vocabuntur ex cap. Vnde legitimi. Nam ex cap. Vnde liberi, vocari non poſſe conſtat, ſiquidem in ſuis non eſt ſucceſſio, *l. 1. §. Si videndum, ff. de ſuis & legit. hæred.* Et ideo, ſi plures ſint hæredes ſui, vno abſtinente, alij ſuccedunt ex iure accreſcendi, *l. vnic. C. quando non petent. part.* Si vnus tantum ſit & abſtineat, ad alium gradum defertur, *l. 2. §. Sed ſi ſint ſui, ff. ad Tertyll. l. 1. §. Poſt ſuos. ff. de ſuis & legitimis.* niſi ipſe ſuus velit ex alio capite ſuccedere, *l. 1. §. Sed videndum. ff. de ſucceſſo. edicto.*

Igitur Accurſij, Bartolique ſententia nititur hoc fundamento, & præſupponit accipiendam eſſe leg. Qui ſe patris, in eo caſu, quo pater nepotis, hæreditatem aut repudiauit: tunc enim ad nepotem iure Ciuili defertur ex ſucceſſorio edicto, quapropter Prætoris beneficio non indigeret.

Fundamentum eſt firmum, ſed legis interpretatio, quæ præmittitur, conſiſtere non poteſt ex his, quæ ſuperiore capite deducta ſunt, ad refellendam eorum ſententiam, qui hanc legem accipiendam putant, eo in caſu, quo pater repudiauit, quibus addo nunc argumenti loco illud abſurdum, quod ex ea interpretatione ſequeretur, nempe legem iſtam repugnare alijs legibus, quibus probatur, ſuis hæredibus abſtinentibus, ad alios hæreditatem pertinere Iure Ciuili. Non enim dico correctum eſſe: Qui enim Diocletianus, qui fuit prior, Conſtantini (Cuiacius putat Conſtantij eſſe) legem tollere poſſit? Hæc igitur lex quam in manibus habemus, neque correcta eſt, & alium habet ſenſum, quam Accurſius, & Bartol. exiſtimauerint, vt in præcedenti capite latius diſputatum eſt.

Capvt LXVIII.

De euictione inter cohæredes præſtanda.

Qvæſtionem hanc, De euictione inter cohæredes præſtanda, nonnihil controuerſam elucidare conabor, aliquot concluſionibus propoſitis, atque vt res poſtulauerit diſcuſſis, ex his quę interpretes adferre ſolent *ad l. Cum pater. §. Euictis. de leg. 2. in l. Si familiæ, C. famil. hercisc. in l. Si fratres. C. commun. vtriusq. iud. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, in vlt. quæſt. Bartol. ff. de verb. oblig. & poſt eos Caballin. de euict. §. 4. poſt n. 51. Menoch. in conſ. 87. lib. 1 Burſat. in conſ. 173. lib. 2.*

Prima concluſio: Si res vni ex hæredibus prælegata ſit, ob euictionem actio non competit. Papinianus: [*Si euictis prædiis, quæ pater, qui ſe dominum eſſe crediderat, verbis fideicommiſſi filio reliquit. nulla cum fratribus & cohæredibus actio erit.*] l. Cum pater. §. Euictis. de leg. 2.

Secunda concluſio: Si diuiſio facta ſit à teſtatore inter cohęredes, quia prælegatæ cuique res cenſentur, *l. Ex facto, ff. de hæred. inſtit.* ſi res vni aſſignata, fuerit euicta, non competit actio, ſed exceptio. Idem Papinianus loco proxime citato: [*Si tamen inter filios diuiſionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum partes cohæredibus prælegatas reſtituere niſi parati fuerint, & ipſi patris iudicium fratri conſeruare.*]

Hoc in loco Bart. & cęteri communiter perpendunt, Papinianum non dicere, rei euictæ nomine actionem dari cohæredi, ſed eum ſe tueri poſſe exceptione, ſi conueniatur à cohæredibus, vt prælegata reſtituat, vt videlicet ea reſtituere non teneatur, niſi parati fuerint & ipſi patris iudicium conſeruare.

Fulgoſius à cæteris diſſentit, exiſtimans etiam

etiam actionem cohæredi competere propter illa verba: [*Arbiter coniectura voluntatis non patietur.*] Nam ſi hæc voluntas coniectura eſt, ſequitur, vt ex ea detur tam actio, quàm exceptio, *argumento l. Cùm proponebatur, de legat. ſecundo, & l. 1. C. communia de legat.*

Ego Fulgoſio aſſentior, tum propter coniecturam iſtam voluntatis paternæ, tum propter ipſam legis rationem, tum quia Bartoli & aliorum interpretatio de exceptione non eſt ſatis ſolida. Nam ſi voluntas patris fuit, vt quilibet hæredum prælegatas partes obtineret, vt Papinianus exiſtimauit, & teſtificatus eſt, actio competere debet de euictione, quemadmodum competit, quoties rem alienam coniunctæ perſonæ, etiam ignorans alienam eſſe, teſtator legat, *l. Cùm alienam, C. de legat.* competit, inquam, ad rei euictæ æſtimationem, *vt declarant Bartol. in l. Si domus. §. de euictione, num. 3. & ibidem Caſtrenſis, num. 6. Iaſon num. 30.*

Quòd ſi rationem legis ſpectemus, fortiſſimum inde ſuppetet argumentum. Nam cùm vni tantùm ex hæredibus aliquid prælegatur, ideò non habet actionem de euictione, ne oriatur inæqualitas, & inuidia inter cohæredes. Neque enim exiſtimandus eſt teſtator voluiſſe legare, ſi credidiſſet rem alienam eſſe, & huc alludunt illa verba d. §. Euictis: [*Pater, qui ſe dominum eſſe crediderat.*] quoniam, vt dixi, repugnat ratio inæqualitatis, quæ inde oriretur. Hæc inæqualitatis ratio locum non habet, cùm à teſtatore facta eſt diuiſio, & alijs etiam cohæredibus partes aliæ prælegatæ ſunt: imò coiectura voluntatis eſt teſtatorem id, quod euictum eſt, prælegaturum fuiſſe, licet alienum eſſe crediſſet, & ideò ſtatim textus ſubdit: [*Si tamen diuiſionem fecit arbiter, coniectura voluntatis &c.*]

Quod autem ſolida non ſit Bartoli & aliorum interpretatio in eo, quòd de exceptione dicunt, perſpicuum eſt ex eo, quod non negat textus actionem competere: ſed ſententia legis eſt; ſi alij cohæredes velint, & ipſi partes prælegatas conſequi, eos conſeruare cohæredi partem euictam debere. Nam ſi nollent ſuccedere, proculdubio non tenerentur. Itaque eſt perinde, ac ſi textus diceret eos teneri de euictione, ſi partem ſuam conſequi contendunt.

Tertia concluſio: Actio de euictione locum habet in diuiſione facta inter cohæredes iudicio familiæ herciſcundæ, *l. Si familia, C. famil. herciſc. l. Si fratres, C. communia vtriuſque iud. l. Heredes. §. Item curare. ff. famil. herciſc.*

Quarta concluſio: Non habet locum euictionis actio inter cohæredes, quoties res euicta eſt ex facto ipſius cohæredis, *l. Fundum meum, ff. de euictio.* Idem iuris eſt, ſi euincatur facto teſtatoris. *Ita docent omnes in dicto §. Duo fratres, vbi Zaſius, numer.* 15. quia hæres defuncti factum præſtat, leg. ex qua perſona, de regul. iur. de quo tamen videndi ſunt alij Doctores *in dicto §. duo fratres.* Eſt enim articulus, quem ibi latè tractant, à noſtra diſputatione nonnihil alienus.

Quinta concluſio: Non eſt locus actioni de euictione inter cohæredes, quoties non ignorant res diuiſas periculo euictionis ſubiacere, niſi pacto, vel ſtipulatione conuentum ſit, vt euictio præſtetur, *l. Si duo fratres, C. commun. vtriuſque iud. l. Si fundum ſciens, C. de euict.*

Sexta concluſio: Inter ſcientes tamen res euictionis periculo ſubeſſe, præſtanda eſt euictio, quoties vni ſoli res euictioni obnoxia in diuiſione attributa eſt, cæteris autem bona libera obuenerunt. *Ita dicebat olim Guido Suzarius, Alexand. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, num. 34. ff. de verb. oblig. Alciat. ibidem numer. 40. Menoch. de conſil. 87. numer. 84. Burſat. in d. conſil. 173. num. 19.*

[*Dum tamen in hoc aduertatur,* inquit Alciatus, *An qui bona fideicommiſſa accepit, id fecerit, quia in præſenti eſſent vtiliora, vel tertiquè eam vtilitatem cum futuri euentus periculo compenſare.*] argumento l. de fideicommiſſo, C. de Tranſact.

Mihi placet Alciati ſententia: Amplius generaliter exiſtimo ei, qui ſciens bona fideicommiſſo ſubiecta acceperit in diuiſione, actionem de euictione non compe-

tere,

tere, nulla ratione habita, quòd cæteris hæredibus bona libera obuenerint in ea diuiſione. Imputandum eſt enim huic, quòd ſcienter bona fideicommiſſo ſubiecta acceperit. Item quòd ſibi de euictione, pacto vel ſtipulatione non proſpexerit, l. Si fratres, C. commun. vtriuſque iudic. Diocletianus: *Nam ſi fundi ſcientes obligationem dominium ſuſcepiſtis; tantùm euictionis promiſſionem ſolennitate verborum, vel pacto promiſſam probantes eos conueniendi facultatem habebitis.*

Hoc in loco non diſtinguitur, an cæteris fratribus bona libera obuenerint; ſed generaliter negatur, euictionis actionem ei competere, qui ſciuit obligationem, quod eſt iuri conſentaneum, *d. l. ſi fundum ſciens, C. de euict.*

Quod ſi hoc in caſu quis læſus eſſe dicatur, tunc iuris remedia ſuppetunt opportuna, *l. 3. C. comm. vtriuſque iud.* ſed non pertinent ad euictionem.

Septima concluſio: Quoties euictionis periculum inter cohæredes, mutuum & commune eſt, qui omnes poſſident res obligatas creditoribus, vel aliter obnoxias euictioni; tunc ſi vni rés euincatur, is non habet actionem de euictione aduerſus cohæredes, quia verſantur & ipſi quoque in eodem periculo. *Ita poſt Gulielmum Cuneum docet Paulus Caſtrenſis in dicta l. Si familiæ, numer. 2. C. familiæ herciſcund. adducta l. Cùm duobus, C. de inoffic. teſtament. quæ nihil probat.*

Salicetus *in dicta leg. Si familiæ.* exiſtimat actionem hoc in caſu competere, cui Ripa adſtipulatur *in dicta l. Qui Romæ. §. Duo fratres, numer. 98.* Alciatus autem *ibidem numero 34.* diſtinguendum putat, vt ſi in limine iudicij euictio immineat, locum habeat ſententia Baldi. (Nam & Baldus Cuneum ſecutus eſt) aliàs, inquit, Salicetum ſequar.

Difficultas in hoc caſu conſiſtit, cùm l. Si familiæ, C. familiæ herciſcundæ, generaliter dicat, inter cohæredes locum eſſe euictioni, niſi contrarium pacti fuerint, vtrum hæc ſit iuſta interpretatio. Si omnes hæredes res poſſideant periculo euictionis obnoxias, & vni fuerint euictæ, alteri non, euictionem præſtandam non eſſe: quia ſufficit alijs quoque cohæredibus idem periculum imminere; & ideò ſi non eis res euincantur, id lucro eorum cedere debere, & caſui fortuito adſcribendum.

Non puto iuſtam eſſe interpretationem. Nam diuiſio vicem obtinet permutationis, at in permutatione clarum eſt præſtari euictionem, ſicut in venditionis contractu. Quare ſi vni ſit res euicta præſtanda, eſt euictio. Quod ſi & alteri euincetur, ſimiliter præſtanda erit. Interim non debet ipſe propter periculum, quòd imminet, liber eſſe. Denique nulla lege, nulla iuris ratione probari poteſt hæc interpretatio. Lex autem generalis eſt, & euictionem præſtandam inter cohæredes decernit.

Octaua concluſio: Quoties euictio ex natura rei contingit, inter cohæredes euictionis actio non habet locum, niſi pacto aliter ſit conuentum. Exemplum: Si vni ex hæredibus bona feudalia obuenerint, & eo mortuo abſque alijs filijs maſculis, filia ſuperſtite, feuda fuerint euicta, non datur actio, *ita docent Accurſius in d. l. Si familiæ, C. familiæ herciſc. & ibidem Bartol. Salic. Caſtrenſ. Alexand. conſil. 21. num. 4. lib. 5. Socin. iun. conſil. 119. num. 2. lib. 3. alios citat. Menoch. d. conſil. 87. numer. 78.* Probatur argum. l. ſi ſeruus, ff. de euict. illis verbis: [*Qui nemo eum curaret, ſed fatum humanæ ſortis.*]

Verum Alciatus *in conſil. 138. numer 3.* hoc in caſu locum eſſe euictionis actioni reſpondit, ſi ex coniecturis id actum probabiliter arguatur, verbi gratia, quando manifeſta læſio aliàs induceretur; vt quia bona patris æſtimationis eſſent cuilibet fratrum aſſignata. Videtur enim, inquit, hoc in caſu præſtanda euictio; quia ceſſat ratio, quòd mutuum periculum ſuſcepiſſe videatur, quæ fuit opinio Guidonis de Suzario, quem refert Alexander *in §. Duo fratres.* Suadet hoc & æqualitas quæ inter fratres ſeruari debet, maximè in diuiſionibus, *idem reſpondit Menochius dicto conſil. 87. numer. 84. 85. & 86. Burſatus dicto conſil. 173. numer. 19.*

His

His ego non aſſentior. Nam præſuppono factam eſſe diuiſionem æqualem inter cohæredes ſine dolo & fraude. Vnum hoc dubium exiſtere, an ſi vni feudalia obuenerint, & alijs allodialia, præſtanda ſit euictio, quæ contingit ex natura feudi. Et nego præſtandam.

Pro confirmatione huius ſententiæ addo argumentum aliud. Nam is, qui feudalia bona accepit, ſciebat, aut ſcire debebat ea ſecundùm naturam ſuam ad maſculos pertinere, non ad fœminas: quare ſi deceſſit nullis filijs maſculis ſuperſtitibus, filia hæres non habet actionem de euictione, propter patris ſui ſcientiam. Sicut enim ſcienti actio non datur, *vt ſupra Concluſione quinta*, ita nec hæredi eius. Nec enim melioris conditionis eſt hæres, quàm ſit author eius. Quod ſi fortè res feudales illi obuenerunt, vel ex iudicis ſententia, idem eſt dicendum. Nam præſuppono iuſte diuiſionem factam, & conſequenter bona feudalia aſſignata fuiſſe ſecundùm æſtimationem iuſtam, ratione ſcilicet, habita qualitatis ipſorum bonorum. Huc accedat, quòd in læſione dijudicanda ſpectandum eſt tempus contractus celebrati. *l. Si voluntate, in fin. C. de reſcind. vendit.* Tempore autem diuiſionis factæ nulla læſio interuenit.

Nec Guidonis Suzarij placita me deterrent, quæ ſuperius etiam confutaui. Nec argumentum ex inæqualitate, quia, vt dixi, ſuppono æqualem, & iuſtam diuiſionem: Quod ſi caſus eam iniquam fecit, non propterea videtur mihi actio concedenda. Nam & alijs cohæredibus res, quæ attributæ ſunt, ſecundùm naturam earum perire potuerunt, ſerui puta mori potuerunt, fructus corrumpi, res aliæ etiam perdi varias ob cauſſas, & nemo diceret tunc euictionem præſtandam fore: quoniam non eſt euictio, ſed natura ipſius rei.

Capvt LXIX.

Diuiſio patris inter filios facta bonorum eius, ſi iuramento firmata ſit, an poſſit reuocari?

Existimo diuiſionem bonorum à patre factam inter filios in poteſtate exiſtentes, etſi iuramento firmata ſit, tamen reuocari poſſe. Nam non eſt donatio ſimplex, quæ iuramento firmatur, vt aliàs diſſerui, *in 1. parte Controuerſiarum, lib. 3. cap. 77.* ſed potius ſupremi iudicij diuiſio eſt, l. ſi filia, §. Si pater. ff. famil. herciſc. Vlpianus: [*Si pater inter filios ſine ſcriptura bona diuiſit, & onus æris alieni pro modo poſſeſsionum distribuit, non videri ſimplicem donationem, ſed potius ſupremi iudicij diuiſionem.*] Papinianus ait, Supremum autem iudicium reuocari poſſe, proculdubio eſt. Non obſtat iuramentum, quia non mutat naturam rei. Intelligitur enim, niſi patrem pœnituerit, ſecundùm naturam vltimæ voluntatis. Item facit, vt pater ſit periurus, non vt reuocatio impediatur. *Ita reſpondit Oldradus in conſil.* 231. Et licèt contraria ſententia ſit magis communiter recepta, vt videre licet ex Cacherano *deciſ. Pedemontana* 125. *Seraphino de Priuilegijs iuramenti, priuilegio* 112. Id tamen nequaquam mouet: quoniam præcipuum fundamentum, quo illa nititur, non eſt ſolidum.

Fundamentum enim eſt, quia iuramentum confirmat patris donationem, & alios contractus, qui aliàs non valent, *c. Quamuis, d. pactu, lib. 6. & notatur in l. frater à fratre, ff. de condict. indeb.*

Reſpondeo, vt id maximè verum ſit, ad caſum, de quo agitur, non pertinere, quia, nec de donatione loquimur, nec de alio contractu inter viuos, ſed de vltima voluntate, quæ reuocari poteſt, non obſtante iuramento, vt dixi lib. 4. cap. 8. ad fin. [*Ambulatoria eſt enim voluntas defuncti, vſque ad vitæ ſupremum exitum.*] l. 4. ff. de adim. legatis. Eſt autem hæc diuiſio non ſimplex donatio; ſed potius ſupremi iudicij diuiſio, *vt in d. §. Si pater, Vlpianus teſtatur.* Quamobrem meritò reuocari poterit.

CAPVT LXX.

Ad l. Filium quem habentem, C. familiæ herciſcundæ.

DIocletianus: [*Filium, quem habentem fundum, portionem hæreditatis fratribus, & quibuſdam alijs ſub conditionis verbis precarijs reſtituere ſanxit teſtator: poſt eius conditionis euentum hæreditariam parte prædij in quarta ratione retenta, compenſato præterea, quod à cohæredibus vice mutua percepit, & ſi quid deeſt, in ſupplementum deducto, quod à cæteris in eo fundo ſoluitur, ſupra quartam habens reddere compellitur.*] l. Filium, C. famil. herciſc.

Difficillimam hanc legem veteres dixerunt, quia eam non intellexerunt: Alijs fundum filio in peculium à patre datum exiſtimantibus: Alijs dicentibus donatum: Alijs prælegatum fuiſſe.

Sed primæ interpretationi obſtat, quòd ea, quæ filijs in peculium dantur, mortuo patre in hæreditate, remanent inter filios cohæredes diuidenda, *ex l. certum, C. eodem titulo.* conſequenter quarta ex fundo in peculium conceſſo, deduci non poteſt magis, quàm ex alijs rebus hęreditarijs. Et ideò intelligi non poteſt, cur hæreditariam partem prædij in quartæ ratione filius retinere poſſit, cùm prædium ſit commune, ſicut aliæ res hæreditariæ cæteris cohæredibus. Nec enim iure probatur, quod ſolet pro ſolutione adferri ex coniectura voluntatis paternæ, & ne dura priuatio eius inducatur, fundum iam aſſignatum in quartam imputari. Hic enim caſus exceptus non eſt à regula iuris, quæ mandat ex ſingulis rebus quartam deduci, *l. Linea, l. Plautius. ff. ad leg. Falcid.*

Secundę autem expoſitioni illud obſtat, quòd donatio illa morte confirmatur, & ideò vt præcipua filio aſſignatur. *l. Filia, C. eod. tit.* Nec in quartam imputatur; quia non habet illam filius iudicio teſtatoris, vt requiritur, *l. In quartam, ff. ad leg. Falcid.*

Tertiæ autem expoſitioni nihil reuera obſtat, ſed ideò veteribus non placuit, quia crediderunt, obſtare illa verba textus: [*Filium, quem habentem fundum, &c.*] Nam ſi filius fundum habebat eo tempore, quo teſtamentum fuit conditum, fieri non potuit vt illum ex prælegato haberet, quia prælegata ex teſtamento teſtatore defuncto debentur, non prius.

Sed verba illa nihil obſtant, quia non hunc ſenſum habent, quòd filius fundum haberet eo tempore, quò teſtamentum fuit conditum, ſed indicant legatum fundum filio fuiſſe, Vindicationis iure. Caius in Inſtitut. titul. de legatis: [*Vindicationis legatum eſt, ſi teſtator ſic locutus fuerit: Illum ſeruum tibi do, aut lego, vel illam rem tibi præſume, habe, vindica.*]

Hunc antiquorum interpretum errorem, & veram expoſitionem primus omnium Alciatus detexit libro ſexto Paradoxorum, cap. 5. [*Teſtator*, inquit, *pluribus filijs hæredibus inſtitutis, vni prælegauit fundum per legatum vindicationis, quod fiebat hoc modo: Fili mi, talem fundum tibi habe, vel præſume, vel vindica, vt Caius in Inſtitut. ſub Rubric. de Legatis ſcribit. Idem teſtator eum rogauit, vt hæreditatem fratribus reſtitueret, ſi nauis ex Aſia veniret, mandauitq́ue vt ipſi fratres vice mutua decem illi darent: Ea conditione euenientę, quæritur, quid quartæ ex S. C. Trebelliano deducendæ imputandum ſit. Et ſi hæreditas reſtituenda centum æſtimetur, XXV. erunt pro ea quarta retinenda. quæ computatio ſic inibitur, vt in primis portionem hæreditariam fundi imputet, quæ ſi fundus XXIV. valeat, cum tres hæredes ſcripti proponantur, erunt VIII. Rurſus decem quoque illa, quæ à cohæredibus vice mutua percipit, compenſet: quod verò ad quartam deeſt, nempè VII. ex eo, quod reſtituere debet, ſibi ſuppleat. Reliquas enim partes fundi ſuprà quartam habet, nec imputat.*] Hactenus Alciat.

Huic veriſſimæ expoſitioni, ſi Cuiacij adiungas obſeruationem, rectè alium errorem confutabis; Eorum ſcilicet, qui ex hac lege probari crediderunt, filium per fideicommiſſum rogatum hæreditatem reſtituere, non poſſe niſi vnam quartam detrahere, propter illa verba textus, [*ſupra quartam habens reddere compellitur*:] ac ſi lex diceret filium oneratum fideicommiſſo conditionali, reddere compelli quod ſuprà quartam habet: [*Cùm hoc lex potius dicat, ſimpli-*

ſimpliciter exiſtente conditione fideicõmißi, filium portionem hæreditatis cohæredibus, quibus eam reſti[illegible] *rogatus eſt, reddere cõpelli, fundi prælegati partem, quam iure hæreditario capit, imputare in Falcidiam, partẽ quam iure legati capit à cohæredibus, quibus vice mutua portionem ſuam reſtituit, compenſare, partẽ quam iure legati capit, à cæteris cohæredibus, quibus nihil reſtituit, ſupra quartam habere: id eſt, neq; imputare, neque compenſare: & ſic extra quartam accipitur in l. In quartam. ff. ad l. Falcid. & ſupra quartam l. 15. §. pen. ff. eo.*] Hactenus Cuiacius *lib. 8. obſer. c. 3.*

Gratiæ igitur habendæ ſunt in hac re recentioribus: in multis alijs antiquioribus interpretibus habemus, quos proinde non ſuperbe contemnere, etſi quandoque errarunt, debemus, ſed venerari, & colere, quod nobis multa legum arcana aperuerunt, plurimas deciſiones veriſſimas tradiderunt.

CAPVT LXXI.

Ad l. vlt. C. de fideicommißis, an teſtator poßit legatario ſtipulari.

QVæ ſit huius legis ſentẽtia, nemo melius explicat, quã Iuſtinianus *in §. vlt. in Inſtit. de fideicommiſſ. hæreditat.* Cæterum Bartol. *in l. Nemo, de leg. 1. non procul à principio* hanc legem adducens, adijcit hæc verba: [*Ponere in fine hæredis, ita quod hæres promittat hoc defuncto, ſapit naturam contractus, & ita hæres. qui hoc promiſit, ad hoc conuenitur, arg. l. Quidam cum filium, de hæred. inſtit. & l. Spadonem. §. 1. de excuſ. tutor.*]

Hæc verba Bartoli dicit Io. Imolenſis *in d. l. Nemo, col. 2.* quem refert & ſequitur *ibid.* Alexander *col. 3.* ponderanda eſſe, quia ex eis colligitur alia interpretatio d. l. vltim. C. de fideicommiſſ. nimirum eam loqui, cum teſtator [*fecit ſibi promitti per hæredem, quod legatario vel fideicommiſſario dabit legata: & ſic videtur hæc diſpoſitio tranſire in vim contractus: & ſufficit tunc apparere de tali promißione per duos teſtes, & potuit teſtator ſtipulari legatario, qui, quo ad legatum, repræſentat defunctum.*]

Ex his cautelam format Bartolomæus Veronenſis 129. ad probãdum legatum per duos teſtes, vt curet teſtator [*ſibi ab hærede promitti de præſtando legatum legatorio: nam tunc tale legatum tranſit in vim contractus, & per duos tantum teſtes probari poterit, ſicut probantur cæteri contractus.*

Sequitur eandem ſententiam Ripa *in d. l. Nemo, num. 32. 33.*

Sed his contradixit primum Iaſon *in d. l. Nemo.* cuius argumentis reſpondit Ripa. Diſſentit & Alciatus *in commentariis eiuſdem loci, nec non lib. 1. Paradoxorum cap. 4.* quem refellere conatur *in antiparadoxis,* Angelus à S. Ioanne. Diſſentit denique & Ruinus *in d. l. Nemo. num. 24.*

Sed videamus iure, an iniuria, hæc ita alij aſſeuerent, alij autem diſſentiant. Et vt breuiter, ac libere dicam quod ſentio, Bartoli & ſequacium ſententia mihi non probatur. Video enim omnes iuris regulas apertiſſime huic ſententię aduerſari: Contra vero nullum pro ea adferri ſolidum argumentum.

Prima regula hæc eſt. Alteri ſtipulari nemo poteſt, *l. Stipulatio iſta. §. Alteri. ff. de verbor. obl.* Ergo nec teſtator legatario ſtipulari poterit.

Nec valet illa reſponſio, ab hac regula caſus aliquos exceptos eſſe, ergo & hunc excipiendum, quo de agitur: Nam ſi liceret ita ratiocinari, nulla iuris regula in diſputationibus adferri poſſet: quia fere ſemper aliqui caſus excipiuntur, quamobrẽ promptum eſſet dicere, excipiendum etiam caſum eſſe, quo de ageretur.

Non obſtat illa reſponſio. Aliquis poteſt hæredi ſuo ſtipulari, ergo & legatario. Nam hæres eſt ſucceſſor in vniuerſum ius: legatarius autem in re tantum legata. Et plerunque tam hæredibus noſtris, quam nobis ipſis cauemus, *l. Si pactum. ff. de probat.* nuſquã iure dicitur nos ſtipulando legatarijs cauere ſolitos eſſe.

Secunda regula. In omni vltima voluntate excepto teſtamento quinque teſtes debent adhiberi, *l. vltim. C. de codicill.* Ergo duo non ſufficiunt in legato vel fideicommiſſo. Eſt enim vltima voluntas. Nec verum eſt per ſtipulationem in contractum tranſire, & ideo ex promiſſione agi inter

viuos facta ab hærede, quia aut hoc in caſu locus eſt pœnitentiæ, aut locus non eſt, ſi non eſt locus pœnitentiæ, iam non erit legatum, vel vltima voluntas. Illa enim ambulatoria eſt vſque ad ſupremum vitæ exitum, *l. 4. ff. de adim. leg.* Si locus eſt pœnitentiæ, non erit contractus ſiue obligatio inter viuos: quia in ea locus pœnitentiæ non eſt, *l. ſicut. C. de act. & oblig.*

Tertia regula: Vno contextu actionis teſtari oportet. Eſt autem vno contextu, nullum alienum actum teſtamento intermiſcere, *l. Hæredes palam. § vlt. de teſtam.*

Ex hac regula ego ſemper credidi non eſſe illud recipiendum, quod vulgo dicitur, contractus in teſtamento fieri poſſe, vt & alias diſputaui.

Quod igitur teſtator fidei hæredis aliquid committat, ad teſtamentum pertinere dubium non eſt. Cæterum, quod ab hærede ſtipuletur legatario aliquid dari, extraneus plane actus eſt, & non conueniens teſtamento, niſi pro ſimplici fideicommiſſo accipiatur: & ſtipulatio illa alteri facta nihil aliud importet, quam firmiſſimum fideicommiſſum, in quo hæredis fidem expreſſam teſtator ſecutus ſit.

His regulis accedit ratio, qua Ruinus vſus eſt. Nam ex hac ſententia Bartoli, & aliorum inuenta eſſet ratio legata & fideicommiſſa dandi coram duobus tantum teſtibus, tametſi plures teſtes requirantur, l. vlt. C. de codicillis. propter ſuſpicionem falſitatis, *l. vltim. C. de fideicommiſſ.* Et conſequenter via quadam indirecta fieret, quod lege prohibitum eſt.

Nullum autem ſolidum argumentum pro Bartoli, & ſequacium ſententia adferri palam eſt. Nam quod attinet ad l. vlt. C. de fideicommiſſ. non loquitur de ſtipulatione, ſed de fideicommiſſo, quod à teſtatore nullis teſtibus præſentibus iniunctum eſt hæredi vel legatario, & dicit eum cogi iurare, aut ſoluere: Nullum prorſus verbum in ea legitur teſtatorem ſtipulatum fuiſſe dari cuiquam.

Adfertur ſecundo l. Quidam cum filium, ff. de hæred. inſtit. Sed ibi amicus ille nihil promiſit teſtatori, ſed hæredi, ac proinde inquit Africanus: [*Reſpondi, etiam ſi manifeſtum ſit, ſcriptum heredem fidem ſuam interpoſuiſſe: non tam aliter ab eo fideicommiſſum peti poſſe, quam ſi & ipſum teſtatorem fidem eius ſecutum eſſe probaretur.*]

Teſtatorem autem fidem illius ſecutum eſſe non eſt idem Africano, quod Bartolo. Nam Bartolus exiſtimauit id per ſtipulationem fieri, veluti ſi teſtator ſtipulatus eſſet in illa facti ſpecie filiofamil. dari. Africanus autem hoc intelligit fieri per tacitum fideicommiſſum, vt patet ex illis verbis: [*Nec quicquam ab eo petitum eſt.*] Hæc enim ſunt verba fideicommiſſorum propria, *peto, mando, rogo,* & ſimilia. Sed difficile eſt, huiuſmodi tacitum fideicommiſſum probare, ideo reſpondit Africanus, fideicommiſſum peti non poſſe, niſi probaretur, &c. Si probatum fuiſſet, pati à filio potuiſſet, vt fideicommiſſum non vt aliquid promiſſum ac debitum ex ſtipulatione, & ex contractu inter viuos, hoc enim nec Africanus dicit, & longe à ſententia eius alienum eſt, quod vero ibi ſubijcit textus de actione mandati, ad illam ſpeciem pertinet, in qua hæres ſcriptus filio ipſi promiſerat, ſe aditurum hæreditatem, & reſtituturum.

Tertio, adfertur tex. in l. Spadonem. §. 1. ff. de excuſ. tutor. Nihil aliud dicit, niſi eum, qui promiſit patri ſe tutelam filiorum eius accepturum, excuſationibus vti non poſſe. Non eſt hæc ſtipulatio alteri facta, ſed patri, qui filijs de tutore voluit proſpicere, quod nec legibus repugnat, & rationi maxime conuenire perſpicuum eſt.

Adfertur poſtremo loco etiam contractus in teſtamento fieri poſſe, ſed vt alias diſputaui, nec iure id probatur, nec mihi vnquam placuit, Teſtatorem poſſe aliquid fateri ſe accepiſſe, ſe debere, libertum aſſignare, & id genus alia, facile concedo. Quod autem alios omnes contractus extraneos, & ad teſtamentum non pertinentes facere poſſit, non recipio, donec mihi fuerit oſtenſum iuri conuenire. Sed vt maxime contractus facere poſſit quis in teſtamento, ſequiturne & alteri ſtipulari poſſe, & duos tunc teſtes ſufficere, & non

poſſe

poſſe reuocari. Non confundamus quæſo contractus, ſtipulationes, & alia quæ inter viuos geruntur, cum ijs quæ teſtamentis, & alijs vltimis voluntatibus expediuntur, ne inde abſurda, & legibus contraria multa ſequantur, ne iuris ordo euertatur, ne forma eius & ſolennia tollantur: ne falſitatibus & dolis aditus aperiatur. Præclare Vlpianus: [*Verba contraxerunt, g. ſſerunt, non pertinent ad ius teſtandi.*] l. Verba. ff. de verb. ſignifi.

Capvt LXXII.

Teſtator poßitne inducere vſuras.

VLpianus: [*Si cui certa quãtitas legetur, & quoad præſtetur in ſingulos annos certũ aliquid, velut vſuras iuſſerit teſtator præſtari, legatum valet: ſed in vſuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem vſurarum non excedit.*] l. 3. §. vlt. ff. de annuis legatis. Ingens diſputatio eſt, an inſpecto iure Canonico, quo vſuræ ſunt prohibitæ, eiuſmodi teſtatoris diſpoſitio valeat, quantum ad vſuras, quæ res maximi momenti eſt, quia ſi non valeat vſuræ in ſortem computandæ erunt. Et frequenter legata id genus vxoribus dantur, vt donec dotes ſuas acceperint, vſumfructum, vel aliud quippiam percipiant: & loquor quando vſuræ non excedunt legitimum modum, nam quæ excedunt, non debentur etiam iure Ciuili. Variæ ac diſſentientes ſunt Doctorum ſententiæ. Nam multi exiſtimarunt valere teſtatoris diſpoſitionem, & vſuras iſtas peti poſſe. Multi id negarunt. Alij vſi ſunt diſtinctione: Vtrum in poteſtate legatarij ſit, legatam ſortem petere ac exigere, & tunc vſuræ tanquam illicitæ non debeantur: an vero in arbitrio hæredis poſitum ſit, ſortem præſtare vel non præſtare, & donec vſuras præſtet. & tunc vſuras deberi ac permiſſas eſſe. Alij denique, in eo caſu, quo in arbitrio hæredis eſt, præſtare ſortem, vel non præſtare, diſtinguunt: vtrum legatarius interpellauerit hæredem ad præſtandam ſortem, an vero non interpellauerit: vt priore caſu licite vſuras percipiat, poſteriore non item. *Vide Bartolum in d. l. 3. §. Si cui, ff. de annuis legatis, & in l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. & ibidem Socinum ſeniorem, nu. 6. Iaſonem in l. 1. nu. 59. C. de ſumma Trinit. & ibidem Caſtren. n. 14. & eundem ad Rubr. ff. de his, quæ pœnæ nom. & in conſil. 101. lib. 1. Roma. conſ. 510. nu. 15. Ripam in l. Nemo poteſt, n. 23. ff. de leg. 1. Cagnolum ad l. Curabit, nu. 14. C. de act. empt. & Couar. lib. 3. variar. reſolut. c. 1. ad finem. Alciatum lib. 5. Paradoxorum, c. vlt. Aretinum in conſ. 151. Barbatiam conſ. 66. lib. 2. Socin. conſ. 41. li. 4. Ansbaranũ conſ. 150. in quæſtione, quæ vertitur inter Alexand. conſ. 27. lib. 4. nu. 9. & 74. n. 14. lib. 5. Puteum deciſ. 106. lib. 1. alios citat Menoch. in conſ. 441. lib. 5.*

Ego ex his ſententijs duas merito amplectendas eſſe iudico. Prima eſt, teſtatoris diſpoſitionem non valere, quantum ad vſuras, quoties in poteſtate legatarij eſt ſortem debitam petere ac exigere. Altera, valere, & ſeruandam eſſe, quoties in poteſtate legatarij non eſt, ſortem petere, ſed in arbitrio hæredis eſt eam ſoluere, vel non ſoluere, donec vſuras ſoluerit. Duas has ſententias cur amplectendas eſſe putauerim, vbi breuiter demonſtrauero, tum argumenta diluam, quæ illis aduerſari videntur.

Quod attinet ad priorem ſententiam, vt eam amplectar, in cauſa eſt primum, quod ſit communis. Eſt enim in rebus obſcuris & arduis communis ſententiæ maxima authoritas, *cap. ne innitaris. de Conſtitutio.*

Secundo, quod eandem ſecuta eſt Rota Romana *apud Puteum, dicta deciſ.* 106. *libr.* 1. Nemo autem ignorat, quanta ſit eius autoritas: & merito: Aſſident enim illi ſemper integerrimi & doctiſſimi viri.

Tertio, quia vſuræ iure Canonico ac diuino prohibitæ ſunt. Negari autem non poteſt, quin legatum, quo de agitur, vſuras contineat. Eſt enim hac in re teſtis locupletiſſimus Vlpianus, *qui in d. l. 3. §. vlt. ff. de annuis legatis*, propterea monet, [*Eatenus legatũ valere, quatenus probabilem vſurarum modum nõ excedit.*] Extat & integer tit. de vſuris & fructibus rei legatæ. & tex. in l. Titia Seio. §. 1. de leg. 2. Ex quo patet legatum, quo de agitur, vſuras continere.

Quar-

Quarto, quia iuris ratio hoc ipſum ſuadet. Nam vſura eſt, cum aliquid vltra ſortem debitam accipitur, *c. plerique, 14. quæſt. 4. c. Sicut 2. 47. diſtinct.* Sed hoc in caſu vltra debitam ſortem aliquid accipitur. Ergo eſt vſura.

Poſtremo, cum legatarius poſſit debitam ſortem petere & exigere, & non exigat, videtur tacite pecuniam mutuare hæredi ea lege, vt vſuras præſtet, ſicut mercator, qui merces ſuas longe maiori pretio diſtrahit, ſi ad ſolutionem faciendam prolixioris temporis dilatio prorogetur, *c. Conſuluit, de vſuris.* Eſt enim hoc in caſu mutuũ quoddam palliatum, vt loquuntur noſtri Doctores, & declarat optime Nauarrus *in Manuali, cap. 17. nu. 206.* Excipio ab hac ſententia caſum illum, quo vſura omni iure eſt permiſſa propter damnum emergens, vel lucrum ceſſans, quã reſtauratiuam appellant, quam paſſim Theologi & Canoniſtæ admittendam fatentur, & docent, ad quos me remitto.

Quod vero attinet ad poſteriorem ſententiam, vt eam amplectar, tres ſunt potiſſimum cauſæ. Prima, quia communior eſt. Secunda, quoniam Romæ ita fuit hæc quęſtio deciſa, cum ex facto proponeretur, *teſte Socino in d. l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. num. 9.* Tertia, quia firmiſſimum habet fundamẽtum. Nam hoc in caſu conſiderari non poteſt vlla ratio mutui veri, vel ficti. Non veri mutui, quia illud à creditore exigi ſemper poteſt, hoc autem caſu à legatario non poteſt exigi. Quare id potius ſimile eſt emptioni annui cenſus perpetui, quæ iure licita reputatur, de quo in 1. part. Controuerſiarum multa dixi. Non mutui ficti, ſiue tecti, quia cum legatarius non poſſit hæredem cogere ad ſoluendum debitum, non poteſt etiam videri breui quadã manu debitum ab eo exegiſſe, & illi pecuniam mutuaſſe ſub vſuris. Excipio caſum illum ab hac ſententia, in quo legatarius poteſt, non obſtante teſtatoris voluntate, id quod ſibi debetur, petere, & ab hærede exigere, tunc enim, ſi non exigat, idem in p[illegible]um, quod in priori caſu proxime dixi, quia eſt eadem ratio.

Sed nunc argumenta diſſoluenda ſunt. Primum vſura eſſe dicitur, quæ prouenit ex pacto creditoris, qui lucri cupiditate illud fecit tacite, vel expreſſe, ſed hoc in caſu nihil eſt pactus legatarius, ſed vſuras percipit ex benignitate teſtatoris. Ergo, &c.

Reſpondeo, imo ex lucri cupiditate legatarius eas percipit, quoties ſortem legata: vel debitam petere poteſt. Nam ſi non petat, cauſa eſt, quod vſuras percipit, & pecunia illi pecuniam parit, quod fœnus, ſi ei non placeret, ſortem peteret, ac exigeret iure ſibi conceſſo.

Secundum argumentum eſt: quia teſtator non præſumitur, præſertim moriens, velle, vt legatarius vſuram committat: quia in extremis agens pręſumitur memor ſalutis æternæ, *l. vltim. C. ad legem Iul. repetund.* Reſpondeo, fieri poſſe, vt teſtatoris mens ſit bona, & recta, nec putet ille vſuram committi hoc in caſu, ſed quia committitur, ideo exigi non poteſt: plus enim valere debet veritas, quam opinio teſtatoris.

Tertium eſt argumentum ex d. l. 2. §. vlt. ff. de annuis legatis. Reſpondeo, Iure Ciuili locum habere, quo tempore vſuræ permittebantur, iure Canonico, quod præualere debet, contrarium ſancitum eſt, & ſecundum illud noſtra diſputatio accipienda eſt.

Hæc aduerſus ſententiam priorem obijciuntur. Aduerſus autem poſteriorem obijcitur, (vt cætera prætercam argumenta leuiora, quæ ex Doctorum placitis petuntur) hoc argumentum, quoniam hoc etiam in caſu aliquid vltra ſortem exigitur, & pecunia pecuniam parit. Ergo vſura committitur. Et quia, cum legatarius non petat ſortem ſibi reſtitui, nec interpellet hæredem, videtur tacite cõſentire vſurarum præſtationi, atq; adeo tacitum cum hærede & palliatum, vt vocant, mutuum contrahere.

Reſpondeo, legatarium vſuras conſequi ex teſtatoris voluntate, non ex pacto tacito, vel expreſſo: Sicut enim teſtator

potuiſſet annuatim, & ſimpliciter legare pecuniam, quam pro vſuris legauit, ita nihil ei poteſt obeſſe, quod interea ſolui eam voluerit pro vſuris rei legatæ. Et ideo non committitur vſura illa, quæ iure prohibetur.

Quòd verò legatarius non petat rem principalem legatam; nec hæredem interpellet ad eam præſtandam, non facit ipſum in vſuræ crimen incidere, ſi ex facto proponatur, non eſſe in poteſtate legatarij hæredem cogere ad ſortem principalem præſtandam. Cur enim legatarius hæredem interpellaret eo in caſu ad ſoluendum, quo id ei non licet? etenim contra leges illum vrgeret, & ideo non eſt in culpa is, qui non facit, quod de iure facere nec tenetur, nec poteſt.

Quod ſi proponatur, legatarium actionem habere ad exigendam principalem ac debitam ſummam, non obſtante contraria teſtatoris diſpoſitione, hæredis arbitrio id committente, tunc legatarium vſuræ crimen contrahere non dubito, ſi iuris, quod ei competit, auxilio ad conſequendam ſortem debitam omiſſo, turpi vſurarum legatarum lucello inhiare deprehendatur.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filius legitimam portionem amittat; ſi legata pia ſoluere neglexerit?

SI filius hæres inſtitutus ſit, & in legatis pijs exequendis monitus ab Epiſcopo negligens fuerit, legitimam amittit, quæ ſecundùm legem ei defertur in parentum ſucceſſione. Ita Ioan. Andr. Hoſtienſis, Antonius Butr. & Ancharanus *in cap. Si hæredes, de teſtament.* Fundamentum eſt primò in §. *Si autem, qui hoc facere, in Authent. de Eccleſiaſticis titulis,* vbi Iuſtinianus: [*Si autem, qui hoc facere iuſſi ſunt, ſemel & ſecundò à beatiſſimo locorum Epiſcopo, aut eius OEconomis per publicas perſonas admoniti diſtulerint quæ diſpoſita ſunt adimplere, iubemus eos omne lucrum eis relictum ab eo, qui hoc preceperit, amittere, &c.*]

Secundò, in c. Licet, de voto, ibi: [*Ne ſi onus tibi à patre iniunctum, & à te ſponte ſuſceptum occaſione qualibet detractaueris, paterna te reddas ſucceſſione indignum, & hæreditatis emolumento priueris, cuius recuſaueris onera ſupportare, ſciturus ex tunc anathematis te vinculo ſubiacere, & iure, quod tibi, ſi dictus Rex ſine prole decederet, in regno Vngariæ, competebat ordine genituræ priuandum.*]

Contrarium docuerunt Cardinalis, Abbas, Imolenſis, & Barbatia *in d. c. Si hæredes, & ibidem* Couuarr. *numer.* 9. Fundamentum eſt primò in §. *Si quis autem non implens, in Authent. de hæred. & Falcidia,* vbi Iuſtinianus: [*Si quis autem non implens, quod diſpoſitum eſt, ſed dum competat ei, qui honoratus eſt, quo relictum eſt, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod præceptum eſt, ſiquidem aliquis eorum fuerit, qui neceſſariò ex lege percipiunt, in plus aũt, quàm quod lex ei dari vult, ſcriptus eſt hæres: tantùm accipiat ſolum, quantum lex ei dari, ſecundùm quartam ab inteſtato partem concedit: aliud verò totum auferri.*]

Nec obſtat, ſi quis dixerit, Iuſtinianum eo in loco non loqui de legatis pijs, quia etiam de legato libertatis loquitur: vt infrà patet ex illis verbis: [*Aut ſeruus libertate donatus, &cæt.*] legatum verò libertatis pium eſt lege prima, §. *Sin autem. C. de commun. ſeruo manum.*

Sed licèt hoc ita ſit, negari tamen non poteſt, quin conſtitutio hæc, quæ habetur in Nouella de hæred. & Falcid. differat ab alia conſtitutione, quæ habetur in Nouella de Eccleſiaſticis titulis, quia lucrum, quod aufertur hæredi negligenti legata pia adimplere Epiſcopi diſtributioni defertur; illud autem, quod hæredi aufertur generaliter negligenti exequi voluntatem teſtatoris, defertur ſubſtitutis coniunctis legatarijs & alijs. Illa Conſtitutio loquitur de hærede bis monito; & de pœna priuationis eius etiam ante annum negligentis præſtare legata pia: Hæc autem de hærede loquitur, qui totum annum protraxerit, in exequenda volunta-

te defuncti, iudicis decreto admonitus.

Secundò, fundamentum eſt, quia Nouella conſtitutio de Eccleſiaſticis titulis aufert lucrum hæreditatis hæredi negligenti ſoluere legata pia. Legitima verò portio filijs debita non dicitur lucrum, ſed potiùs debitum, *l. Si quis legatum. §. vlt. ff. ad leg. Corn. de falſ. & habetur in Nouella de Triente & Semiſſe.*

Sed nec iſtud fundamentum ſolidum eſt: quia textus prædictæ Nouellæ omne lucrum aufert hæredibus relictum ab eo, qui hæc præceperit; conſequenter, ſi hæres ille inſtitutus eſt, videtur ei tota hæreditas à teſtatore relicta auferenda. Eſt autem legitima portio triens eiuſmodi hæreditatis, quamobrem & illa aufertur, quia in toto ineſt pars.

Tertiò, fundamentum eſt; quia legitimæ nullum adijci onus poteſt, *l. Quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſtament.* Sed hoc eſt magnum onus, vt filius illam amittat, niſi legata pia executus fuerit. Reſponderi poteſt, non eſſe hoc onus legitimæ portioni adiectum à teſtatore, de quo loquitur lex illa, ſed eſt pœna à lege impoſita aduerſus eos, qui legata pia executioni mandare ac præſtare detrectauerint, ac bis moniti neglexerint, quam quidem pœnam in legitima portione locum habere non poſſe, nulla lege demonſtrari, nulla ratione euinci poteſt.

Imo verò etiam legitimam portionem hoc in caſu amitti debere ex lege Iuſtiniani, non leuis coniectura eſt, quòd cùm de hæredis negligentia circa aliorum legatorum præſtationem locutus eſt, & pœnam in eo caſu ſtatuit, ſatis clarè, & diſertè legitimam filijs hæredibus, vel alijs debitam excepit. Cum autem pœnam ſtatuit in eos, qui in legatis pijs ſoluendis negligentes ſunt, non excepit legitimam portionem hæredi debitam: Ex quo coniecturam ſumere licet, quia maior eſt culpa negligentium pia legata implere, eos etiam maiori pœna afficiendos; ac propterea omnem hæreditatem iſtis meritò auferendam: illis autem portionem legitimam reſeruandam, qui cætera implere negligunt. Propter hanc coniecturam, & quia nullum poſterior ſententia ſolidum habet fundamentum, vt priori ſententiæ acquieſcam, faciendum eſſe iudicaui.

CAPVT LXXIV.

Militare teſtamentum an ſubiaceat querelæ?

ALexander Imperator; [*De inofficioſo teſtamento militis, vel iure militari, vel ciuili facto, vel Centurionis, vel tribum numeri; nec filios poſſe queri, ius certum eſt.*] *l. De inoffic. C. de teſtament. milit. Idem habetur in l. vltim. C. de inoffic. teſtam. in l. Si inſtituta. §. De inoffic. & in l. Papinianus. §. Papinianus. ff. eod. tit.*

Sed controuerſia eſt, an hodierno iure inſpecto idem reſpondendum ſit, cuius rei cauſam attulit Nouella Iuſtiniani 115. *Vt cùm de appellationibus, §. Aliud quoque capitulum* vbi Iuſtinianus: [*Sancimus igitur non licere penitus patri, vel matri, auo, & cæt. Suum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtam. & cæt.*] *Niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento.* Et paulò inferius: *Et hæc quidem de parentum ordinauimus teſtamentis. Iuſtum perſpeximus, & econtrario de liberorum teſtamentis hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere. Sancimus itaque non licere liberis parentes ſuos præterire, aut quolibet modo à rebus proprijs, in quibus habent teſtandi licentiam, eos omninò alienare, niſi cauſas, quas numerauimus, in ſuis teſtamentis ſpecialiter numerauerint.*]

Inter Doctores igitur eſt controuerſia: Vtrum hac generali conſtitutione contineantur etiam milites, ac proinde teſtamentum militum reſcindatur, ſicut aliorum, ſi parentes milites filios ſuos abſque legitima cauſa exhæredauerint, vel præterierint, & econtrario filij ſuos parentes ſimili modo præterierint, vel exhæredauerint abſque legitima cauſa.

Et communis eſt ſententia etiam milites ea conſtitutione contineri. *Gloſſ. in l. vltim. verſic. Teſtamenta. C. de inofficioſ. teſtam. ia. Bartolus*

[illegible] Authent. Ex [illegible] C. de liber. præt. & in l. Filio [illegible] præterito, numer. [illegible] 2. ff. de inuſto rupto, & ir[illegible] teſtament. Couarr. alios citans in cap. Quia nos, de teſtament. Clarus in §. Teſtamentum, quæſt. 40. verſic. ſed quæro.

Ab hac ſententia receſſerunt Ludouicus Romanus & Iaſon *in l. Sicut. C. de teſtam. milit. col. penult.* Viglius *in §. Sed ſi, in inſtitut. de Exhæred. lib.*

Communis ſententiæ fundamentum eſt; quia conſtitutio generalis eſt; & conſequenter ad omnes generaliter porrigitur. Item, quia dum, Imperator loquitur de filijs, eis non licere declarar parentes ſuos præterire [*in rebus in quibus habent teſtandi licentiam.*] Teſtandi verò licentiam habent milites præcipuè; vt in Inſtitut. de exhæred. lib. non procul. ab initio, & alibi. De Caſtrenſi etiam peculio permiſſum eſt teſtari filijsfamilias, & quaſi Caſtrenſi, *l. penult. & l. vlt. C. de Teſtament.*

Fundamentum contrariæ opinionis eſt; quia Iuſtinianus in dicta Nouella non corrigit antiquas leges, quibus priuilegium hoc teſtamenti militaris continetur. Ergo manent incorrectæ. Quod verò dicitur in dicta Nouella de filijsfam. in rebus, in quibus habent teſtandi licentiam, non pertinet ad filiosfamil. milites, qui in expeditione militari ſunt, ſed ad filiosfam. qui teſtari poſſunt de peculio quaſi Caſtrenſi, vel etiam Caſtrenſi, non tamen eo tempore, quo ſunt in Caſtris, & in ipſa expeditione militari.

Ego libentius ſequor poſteriorem hanc ſententiam eo argumento, quod mihi familiare eſt, & ſolidum videtur, Veteres leges nunquam ex Nouellis corrigi, niſi exprimatur præfatione præmiſſa à Iuſtiniano, aut neceſſariò ex verbis nouæ conſtitutionis eliciatur legum veterum correctio. In hac autem, qua de agitur conſtitutione, nullum verbum de militari teſtamento: nullum verbum, quòd veteres res ſint ſublatæ, quibus conſtitutum erat, vt militis teſtamentum non ſubiaceret querelæ. Et ſanè Iuſtiniano *in Nouella illa* id propoſitum eſt, cauſas determinare, quæ ſunt iuſtæ, vt filij exhæredari poſſint. Item, vt filij inſtitui debeant, & non ſufficiat legitimam eis portionem alio titulo relinquere, quàm Inſtitutionis, & vt ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis rupto teſtamento legata præſtentur; & quædam alia ibi expreſſa, quæ legibus antiquis repugnant.

Quod autem ſubijcitur *in §. Et hæc quidem,* etiam in liberis teſtantibus idem ſancitum eſſe, vt eis non liceat parentes ſuos exhæredare, vel præterire in rebus proprijs, de quibus habent teſtandi licentiam, id, inquam, oſtendit filiorum teſtamenta ſubiacere querelæ & reſciſſioni, ſiue de Caſtrenſi, ſiue de quaſi Caſtrenſi peculio teſtentur, & in hoc leges veteres correctas eſſe, quia non poſſunt cum hac conſtitutione ſaluæ cohærere: niſi ad filios emancipatos conſtitutio Iuſtiniani reſtringatur, quod abſurdum eſt: Sed non oſtendit militaria teſtamenta eorundem filiorum ſimili modo ſubiacere querelæ, & reſciſſioni.

Militaria, inquam, teſtamenta, de quibus noſtra eſt diſputatio, & quæ milites in Caſtris conficiunt, de quibus antiquæ leges loquuntur, ſtatuentes, vt de inofficioſo querelam euadant. Nec dubium eſt, quin eiuſmodi militaria teſtamenta, quæ ſingularibus priuilegijs iure donata ſunt, eiſdem ſpeciali quadam conſtitutione priuanda eſſent: Præſertim, quia Iuſtiniano id ſolenne eſt, vt in militum quoque perſonis locum eſſe conſtitutionibus ſuis expreſſim decernat, cum eiſdem etiam milites contineri intendit, *vt patet ex Nouella de hæredibus & Falcid. ibi:* [*In omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, &c.*] *& alibi ſæpè.*

Capvt LXXV.

Clericorum teſtamenta num ſubiaceant querelæ, ac reſciſſioni, ſi ſint inofficioſa.

Clericorvm teſtamenta de his rebus, quæ præter Eccleſiæ reditus, acquirunt, ex cauſa exhæredationis, vel præteritionis non reſcindi, [illegible] unt Ac-

curſius, Iacobus Butrigar. & Baldus *in Authent. Presbyteros. C. de Epiſcop. & Cleri.* Abbas Panormitan. *in cap. Quia nos, de teſtament. Angelus, Paulus & Iacobinus in leg. 1. ff. de inoffic. teſtament. Corneus in Authent. Ex cauſa, numer.* 100. *C. de liber. præt.*

Argumenta verò hæc ſunt: Primum ex cap. Quia nos, de teſtament. in illis verbis: [*Liberè diſponere valeant.*] Si enim liberè diſponere poſſunt acteſtari, vt ibi dicitur; ergo non ſubiacent querelæ eorum teſtamenta.

Probatur hæc conſequentia ex l. ſi filiam tuam, C. de inoffic. teſtament. Diocletianus: [*Si filiam tuam eo, quòd turpiter, & cum flagitioſa fœditate viuit, à ſucceſſione tua excludendam putes: ſi non inconſulto calore, ſed ex meritis eius ad id odium incitatus es: poſtremi iudicij liberum arbitrium habebis.*]

Liberum arbitrium ibi intelligitur habere parens, quia filiam ſuam exhæredare poteſt.

Secundum argumentum eſt; quia teſtamenta filiorumfamil. de peculio Caſtrenſi, vel quaſi Caſtrenſi querelæ non ſubiacent, *l. vltim. C. de inofficioſo teſtament.* Ergo neque Clericorum, qui de bonis ita acquiſitis teſtantur, quia ſunt quaſi Caſtrenſia; *vt habetur in Authent. Presbyteros*, ibi: [*Ad ſimilitudinem Caſtrenſium peculiorum, &c.*]

Tertium argumentum eſt ex d. Authent. Presbyteros deſumpta ex Nouella de ſanctiſſimis Epiſcopis, §. Presbyteros. Eius verba hæc ſunt: [*Presbyteros, & Diaconos, & Subdiaconos, & Cantores, quos omnes Clericos appellamus, res quolibet modo ad dominium eorum venientes, habere in ſua poteſtate præcipimus, ad ſimilitudinem Caſtrenſium peculiorum, & donare, cui volunt ſecundùm leges; & in his teſtari, licèt ſub parentum poteſtate ſint. Sic tamen, vt ijorum filij, aut his non extantibus, parentes eorum legitimam ferant partem.*]

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus *in d. cap. Quia nos, de teſtament.* Salicetus *in d. Authent. Presbyteros, & in Authent. Ex cauſa, numer.* 18. *C. de liber. præteritis.* quibus Couuarruuias *in d. cap. quia nos.* dicit ſe non admodum inuitum accedere, ego verò libentiſſimè accedo: nec dubito, quin contraria hæc ſententia iuri ſit magis conſentanea, quod me clarè oſtenſurum confido, ſi eius fundamento ſolido prius iacto, tum prioris ſententiæ argumenta diluere aggrediar.

Fundamentum eſt planè firmum in Nouella Iuſtiniani 115. *Vt cùm de appellat. in §. Et hæc quidem.* vbi generaliter Iuſtinianus ſtatuit idem de liberis teſtantibus, quod de parentibus conſtituit: vt eis non liceat parentes ſuos in rebus, de quibus teſtari poſſunt, exhæredare vel præterire ſine iuſta cauſa, alioquin teſtamentum reſcindatur, vel ſecundùm multorum ſententiam nullius ſit momenti. Hæc conſtitutio clericos non excipit: nec iure Canonico illi eximuntur. Ergo eadem conſtitutione continentur, qua cæteri liberi, in rebus de quibus teſtari poſſunt, vtputà Caſtrenſibus, vel quaſi: Conſtat enim eos de ijs teſtari poſſe, non de alijs, ſi ſint in poteſtate patris: quibus proculdubio Imperator æquè legem illam ſtatuit, atque emancipatis. Fundamentum hoc ſatis mihi firmum videtur.

Ad argumenta prioris ſententiæ ſic reſpondeo quod attinet ad textum in cap. Quia nos, de Teſtament. illud verbum [*liberè,*] non eſſe ita accipiendum, vt poſſit Clericus contra leges, & conſtitutiones filios vel parentes præterire. Præclarè enim Iuſtinianus: [*Si quando talis conceſſio Imperialis proceſſerit, per quam libera teſtamenti factio conceditur: nihil aliud videri Principem concedere, niſi vt habeat legitimam, & conſuetam teſtamenti factionem,*] l. Si quando. C. de inoffic. teſtam.

Nec obſtat textus in l. Si filiam. C. de inoffic. teſtam. quia [*liberum arbitrium*] ibi neceſſariò propter ſubiectam materiam hoc importat, vt filia turpiter viuens, & quam propterea pater excludendam putabat, exhæredari poſſit.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo l. vlt. C. de inoffic. teſtament. & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles, quibus declaretur filiorum famil. teſtamenta de Caſtrenſi, vel quaſi Caſtrenſi peculio querelam euadere anti-

qua-

quatam ex Nouella ſupradicta Iuſtiniani, *Vt cum de appellat. cognoſc. 5. Et hæc quidem.* ſolis militibus exceptis, vt declaraui in capite præcedenti.

Ad tertium argumentum ex Auth. Preſbyteros. reſpondeo, nihil minus dicere ibi Iuſtinianum, quam quod Clerici poſſint liberos vel parentes ſuos exhæredare ſine cauſa legitima, ac proinde teſtamenta eorum querela expugnari non poſſint, immo contrarium indicant illa verba: [*& donare cui volunt ſecundum leges.* Item illa: *Sic tamen vt horum filij, aut his non extantibus, parentes legitimam ferant portionem.*] Præclare Salicetus in d. Authen. Ex cauſa. num. 18. [*Pondera verbum, Sic, inquit, & illud verbum, ferant, quod ſequitur; non enim dicit: petant, vel aduocent, ſed ferant, quod intelligitur in illo teſtamento, & omnia ſimul iuncta probant: quaſi dicat, ſic teſtentur ſecundum leges, quod parentes in eo, vel ex eo teſtamento legitimam ferant, quaſi dicat: quod ſi non fecerint, quia eos non inſtituerint in legitima, iuris remedia locum habebunt: Hæc autem remedia ſunt, quia vel teſtamentum nullum dicent, vel querelam intentabunt.*] Sic ille.

Capvt LXXVI.

Ingratitudinis cauſſa ſi probetur, quæ teſtamento parentum expreſſa non ſit, poſſint ne filij exhæredati reſciſſo teſtamento ab inteſtato hæreditatem vindicare.

Imperator Iuſtinianus: [*Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento, &c. Niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento.*] Nouella 115. Vt cum de appellat. cognoſcitur. §. Aliud quoque capitulum.

Huius textus autoritate probatur teſtamentum reſcindi, & filium exhæredatum vindicare poſſe hæreditatem, licet ingratitudinis cauſa ab hærede probetur, ſi ea teſtamento nominatim inſerta non fuerit: quia Iuſtinianus duo coniunctim exigit: Vnum, vt cauſa ingratitudinis probetur. Alterum, vt nominatim teſtamento inſeratur. Atque ita recte docent Aretinus *in l. 3. § Filius, col. 2. ff. de lib. & poſthum. Alexand. in Authen. Ex cauſa, col. pen. C. de lib. præter, & multi alij, quos refert & ſequitur Couar. in cap. Raynutius, num. 7. de teſtament. qui duos textus pro huius ſententiæ confirmatione adfert, l. in arenam, & l. Omnimodo. C. de offic. teſtament.* Sed l. in arenam. nihil iuuat hanc ſententiam. Nec l. Omnimodo. illam plane euincit, in illis verbis: [*Si tamen non ingrati legitimi modis arguantur: cum eos ſcilicet ingratos circa ſe fuiſſe teſtator dixerit. Nam ſi nullam eorum quaſi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius hæredibus ingratos eos nominare, & huiuſmodi quæſtionem introducere.*]

Ideo hanc ſententiam locus iſte non euincit: quia hoc tantum requirit, vt in teſtamento parens mentionem faciat liberorum quaſi ingratorum, nos autem exigimus, vt nominatim etiam cauſam adferat ingratitudinis legitimam. Itaque ſi parens in teſtamento eos ingratos fuiſſe diceret, id ex mente d. l. Omnimodo. ſufficeret, ad filios probata ingratitudine excludendos: ſed non ſufficit ex mẽte Iuſtiniani in d. Nouella: quia hoc requirit, vt etiam cauſa ingratitudinis legitima nominatim teſtamento inſeratur.

Quod licet ita clare conſtitutum ſit, non deſunt tamen, qui ex locis alienis, & verbis ac argumentis generalibus contrarium docuerint, nempe ingratitudinis cauſa probata, licet teſtamento non inſerta liberos excludendos ab hæreditate. *Ita docuit Angelus in §. Ingratitudinem, in Authent. de nuptijs, Iaſon in l. cum mota, num. 17. C. de tranſact. & in Authen. Ex cauſa, col. 3. & in Authen. Non licet. in 7. limit. Cod. de liber. præterit. Corſetus in ſingul. in verbo, Ingratitudo, qui citat Gloſſ. in c. vlt. de poſtulando.*

Primum argumentum eſt ex d. §. Ingratitudinem. Nihil probat: quia hoc tantum dicit, ſicut filij, qui probantur ingrati excluduntur à lucris nuptialibus, quæ mater conſecuta eſt, ita etiam & fratres excludi, nec fratribus ſuis in huiuſmodi lucris ſuccedere poſſe. Excluduntur autem om-

nes iſti ingratitudinis cauſa, quod ego ſic accipio, ſi teſtamento videlicet exhæredati fuerint à matre, ſiue fratre: nec enim Iuſtinianus aliquid hac in parte noui ſtatuit, quaſi velit eos excludi etiam ab inteſtato, ſed matri ac fratri reſeruat ius exhæredandi filios & fratres ingratos. Id patet ex verbis, quæ præcedunt dictum §. Ingratitudinem. ibi, [*Ratione contra ingratos filios vndique, & ſuper iſtis rebus ſeruata.*] Et ſtatim ſubdit idem iuris eſſe in fratribus ingratis, ſic dicens: [*Ingratitudinem autem hic conſideramus non ſolum ad matrem, ſed etiam aduerſus fratrem ipſum defunctum.*] Et, quod maxime notandum eſt, refert ſe ad Conſtitutionem ſuper hoc editam, vt ex illis verbis patet: [*Secundum quod pridem à nobis dictum eſt.*] Quamobrem hoc primum argumentum nihil obſtat, quia quantum ad filios attinet, ſicut propter ingratitudinem excludentur ab hæreditate patris, ſi teſtamento cauſa ingratitudinis inſerta, exhæredati fuerint, *iuxta Nouellam. Vt cum de appell. cognoſ. §. Aliud quoq. capitulum.* Ita & ab eiuſmodi lucris excludentur, ſi fuerint teſtamento matris propter ingratitudinis culpam exhæredati.

Secundum eſt ex l. Liberi. C. de inoff. teſtament. quæ nil aliud habet, quam parentes ingratos exhæredari poſſe, & ingratitudine probata, teſtamentum impugnare non poſſe. Quod ſane quo pacto iuuet hanc ſententiam, non intelligo.

Tertium prorſus eſt alienum à quæſtione iſta ex l. 3. §. vlt. ff. de adim. legat. Vlpianus: [*Non ſolum autem legata, ſed & fideicommiſſa adimi poſſunt, & nuda quidem voluntate. Vnde quæritur, an etiam inimicitiis interpoſitis fideicommiſſum nō debeatur? Et ſi quidem capitales, vel grauiſſimæ inimicitiæ interceſſerint: ademptum videtur, quod relictum eſt, &c.*] Ideo verba attuli & adſcripſi: quia attuliſſe illa, confutaſſe eſt argumentum, quod ex eis adfertur.

Caput LXXVII.

Ad interpretationem Nouellæ 115. Vt cum de appell. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum, an locum habeat in præteritione paterna filiorum, qui ſunt in poteſtate.

Qui filium in poteſtate habet, curare debet, vt eum hæredem inſtituat, vel exhæredem nominatim faciat. Alioqui ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur: adeo quidem, vt ſi viuo patre filius mortuus ſit, nemo hæres ex eo teſtamento exiſtere poßit: quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum.] Verba ſunt Imperatoris in §. 1. in Inſtit. de exhæred. liber.

Idem Iuſtinianus in Nouella 115. Vt cum de appellat. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum. ita ſtatuit: [*Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento, &c. Niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento.*]

Hic controuerſia oritur, ſi pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit cauſa legitima teſtamento inſerta, quæ vera eſſe probetur: Vtrum teſtamentum valeat. Mouet dubitationem, quod ſecundum leges veteres non valet illud teſtamentum, in quo filius in poteſtate exiſtens, neque hæres inſtitutus eſt, neque nominatim exhæredatus, *l. inter cætera, ff. de liberis & poſthumis, l. Filio præterito. ff. de iniuſto rupto teſtament. & habetur in dicto §. 1. Inſtitut. de exhæredat. liberorum.* Veteres autem leges non correxit Iuſtinianus in hac parte, nec vllam earum fecit mentionem in dicto §. Aliud quoque capitulum. Ergo manent incorrectæ, & conſequenter teſtamentum nullius eſt momenti, in quo filius eſt præteritus, etiam ſi ingratus eſſe probetur, & ingratitudinis cauſa teſtamento fuerit inſerta, quia non poteſt eum pater præterire, ſed nominatim exhæredare debet.

Sed huic ſententiæ verba Iuſtiniani repugnant in dicto §. Aliud quoque capitulum. Nam dum ſtatuit patri non licere filiosfamilias præterire, niſi ingrati proben-

tur,

tur, & ipſæ ingratitudinis cauſſæ nominatim teſtamento inſerantur, ex contrario indicat, ſi ingrati probentur, & cauſſæ ingratitudinis nominatim teſtamento inſerantur, patri licere filios ſuos præterire: & conſequenter teſtamentum in eo caſu valere, & firmum eſſe.

Hæc eſt illa quæſtio, quam Fulgoſius *in Authent. Ex cauſſa, C. de liberis præterit.* dicebat Cæſarea deciſione indigere, & quam in Concilio Conſtantienſi decidendam proponere in animo habebat: Et ſane Couarr. *in c. Raynutius, num. 1. 2. & 8. de teſtament.* adductis vtriuſque ſententiæ Authoribus, & nonnullis rationibus, in eam ſententiam magis propendet, vt teſtamentum hoc in caſu valeat. Et idem quoque mihi videtur, quia cum pater in teſtamento dicit: [*Filium meum prætereo, quia me verberauit.*] ſi non verba, ſed ſenſum ſpectemus, videtur filium ſuum exhæredare; neque enim ad exhæredationem inducendam neceſſaria eſt forma illa verborum, filium meum exhæredo, ſed qualiacunque verba idem ſignificantia ſufficient, *l. 3. C. de liberis præteritis.*

Mouent præterea, quoniam cum Iuſtiniani Nouella cohærere nequeunt leges antiquæ, quæ ob præteritionem teſtamentum nullum eſſe ſtatuerunt, eo ſcilicet in caſu, quo filij ſunt præteriti, iuſtam ob cauſſam ingratitudinis teſtamento inſertam: quia Iuſtinianus vult illud valere, ergo neceſſe eſt dicere, leges veteres ſublatas eſſe noua illa Iuſtiniani Conſtitutione.

Non obſtant duæ reſponſiones, quæ afferri ſolent. Prima, id, quod Iuſtinianus in Nouella dicit de præteritione filiorum accipiendum eſſe reſpectu matris, cuius præteritio pro exhæredatione habetur; Vel de præteritione filiorum, qui non ſunt in poteſtate. Conſtat enim teſtamentum valere, in quo filius emancipatus eſt præteritus.

Altera, hoc Iuſtinianum velle: vt ſi cauſſæ ingratitudinis in teſtamento fuerint expreſſæ, quo filius eſt præteritus, teſtamentum ex ſua Conſtitutione non poſſit infirmari, niſi tamen fuerit nullum aliam ob cauſſam, puta propter præteritionem filij, ob quam, ſecundum leges veteres teſtamentum eſt nullum.

Poſterior hæc reſponſio nihil valet, quia perinde eſt, ac ſi diceretur, velle Iuſtinianum, vt teſtamentum hoc in caſu valeat, non obſtante præteritione: ſed tamen propter præteritionem nullum eſſe ex antiquis legibus, quo manifeſtam implicat contradictionem. Si autem ita diceretur, non puto dubitari poſſe, quin abſurda eſſet interpretatio, & Iuſtinianus vellet repugnantia, & quæ ſimul cohærere non poſſunt.

Adde etiam ipſius Iuſtiniani propoſito aduerſantia, quia ſi vult teſtamentum valere, vbi cauſſæ ingratitudinis expreſſæ, ſunt legitimæ & veræ, conſequenter vult veteres leges hac in parte ceſſare, & vires non habere. Sed audiamus ipſum Iuſtinianum: [*Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis cauſas, ſiue certas ex his, &c. Teſtamento ſuo inſeruerint, &c. Teſtamentum ſuam habere firmitatem decernimus.*] Vult igitur diſerte teſtamentum hoc in caſu valere: Ergo veteres leges, quæ illud non valere ſtatuunt, neceſſario abrogantur.

Prior autem reſponſio ideo conſiſtere non poteſt, quia verba Iuſtiniani dicentis, patri, vel matri non licere filios ſuos præterire, vel exhæredes in ſuo facere teſtamento, tam de patre, quam de matre accipienda ſunt, & tam de filijs in poteſtate poſitis, quam de emancipatis. Alioqui ſi non de patre accipienda ſunt, reſpectu filij in poteſtate patris exiſtentis, licebit filios in poteſtate præterire, licet ingrati non probentur, & licet ingratitudinis cauſſam ſuo teſtamento non inſeruerit, quod tamen abſurdum eſt. Sicut ergo Iuſtinianus generaliter accipiendus eſt de patre & matre, & filijs tam ſuis, quam emancipatis, in ſenſu directo, quatenus ſtatuit, non licere patri vel matri filios præterire, vel exhæredare, niſi ea forma ſeruata, ita etiam accipiendus videtur in ſenſu contrario, quatenus vult ea forma ſeruata, patri & matri licere filios præ-

præterire, vel exhæredare: & eo in caſu teſtamentum valere. Id quod expreſſe ſtatuit in §. Siue igitur. cuius verba proxime adſcripſi, & mox iterum adſcribam.

Non obſtant, quæ pro contraria ſententia adferuntur: quæ duo ſunt potiſſimum argumenta: Primum eſt ex illis verbis dictæ Nouellæ: [*Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis cauſas, ſiue certas ex his, &c. Parentes in teſtamento ſuo inſeruerint, & ſcripti hæredes, &c. Veram eſſe monſtrauerint, teſtamentum ſuam habere firmitatem decernimus.*

His enim verbis videtur colligi, Iuſtinianum loqui de teſtamento, quod à principio valet, & ideo dicit, [*ſuam obtineat firmitatem.*] At teſtamentũ, quo filius eſt præteritus, à principio non valet, ſed nullum eſt ergo de hoc teſtamento non loquitur Imperator.

Alterum eſt argumentum, ex verbis ſequentibus: [*Si autem hæc obſeruata non fuerint, nullum exhæredatis liberis præiudicium generari.*] Non dicit Imperator præteritis, ſed, exhæredatis. Ex quo videtur colligi poſſe, Imperatorem ſupra locutum eſſe de exhæredatis tam à patre, quam à matre, & de præteritis à matre, cuius præteritio, pro exhæredatione habetur, §. *mater, in Inſtit. de exhæred. liber.*

Ad primum argumentum ita reſpõdeo: ſenſus illorum verborum, [*teſtamentum ſuam obtinebit firmitatem.*] hunc eſſe; teſtamentum valere, & reſcindi non poſſe: valere, inquã, ab initio, & ſuam obtenturum firmitatem, quia reſcindi non poterit, nec infirmari vlla ratione.

Et dum in argumento aſſumitur. Sed teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, ab initio nõ valet. Illud nego. Nam id dico valere, ſi forma à Iuſtiniano ſtatuta ſeruetur. Nec obſtant antiquæ leges: quia per nouam Conſtitutionem antiquantur, & locum nõ habent. Id manifeſtum eſt ex his, quæ ſuperius diximus: quia Iuſtinianus hoc vult, licere patri & matri filios præterire cauſſa ingratitudinis probata, & teſtamento inſerta: ergo neceſſario vult ſublatas eſſe leges veteres, quibus non erat permiſſum filios præterire.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, verbum, exhæredatis, quo Imperator vſus eſt, late ibi excipiendum eſſe, & ideo præteritos quoque filios comprehendere. Alioqui abſurdum ſequeretur, Iuſtinianum ſcilicet ſtatuiſſe, vt non liceret patri filios præterire, vel exhæredare, nihil forma illa ſeruata: & tamen ſi præterijſſet, nihil dixiſſe: ſi vero exhæredaſſet, declaraſſe, vt nullum eis præiudicium generaretur. Hoc eſt abſurdum: quia ſicut liberis præteritis antea conſultum erat, ita & iniuſte exhæredatis per querelam inofficioſi teſtamenti: & tamen Iuſtinianus declarauit, nullum exhæredatis præiudicium generari. Aliud præterea abſurdum ſequeretur: ea videlicet, quæ Iuſtinianus poſtea decernit de teſtamento, quantum ad Inſtitutionem hæredis irritando, & quantum ad legata & fideicommiſſa conſeruando, non pertinere ad eam facti ſpeciem, in qua filius teſtamento præteritus eſſe proponatur, quod ex verbis Iuſtiniani, & menti repugnare manifeſtum eſt.

Porro exhæredationis verbum late patere, vt & præteritionem comprehendat, teſtis eſt Vlpianus in l. Si patronus. 12. ff. de bonis lib. ibi, [*Silentio exhæredauerit.*] Quid enim aliud eſt exhæredare, quam priuare hæreditate? Priuat autem hæreditate præterito, vt patet.

Capvt LXXVIII.

Ad eandem Nouellam 115. Vt cum de appellat. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum, poſſint ne parentes filios ſuos exhæredare ex alia cauſſa, quæ non ſit ex 14. ibi expreſſis, quæ tamen ſimilis ſit, vel maior.

Filios exhæredari non poſſe à parentibus ex vlla ingratitudinis cauſſa, quæ non ſit ex 14. à Iuſtiniano conſtitutis *in Nouella 115. Vt cum de appellat. cognoſcitur. §. Aliud quoque Capitulum.* exiſtimauit olim Martinus Laudenſis, & hanc ſententiam de iure veriorem eſſe Alexander dixit *in Authent. Non licet, C. de liber. præterit. numer. 4.* eo argumento

mento, quòd nouiſſima illa Conſtitutio corrigat antiquas leges, & pœnam introducat, conſequenter odioſa ſit, & nequaquam extendenda ad alios caſus in ea non expreſſos, præſertim cùm Iuſtinianus ipſe extenſionem prohibeat, ſic dicens: [*Sed quia cauſas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari. in diuerſis legibus diſperſas, & non apertè declaratas inuenimus, quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem viſæ ſunt, aliquæ verò, cùm eſſent indignæ, prætermiſſæ ſunt, ideò neceſſarium eſſe perſpeximus, eas nominatim præſenti lege comprehendere: vt præter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quæ in huius Conſtitutionis ſerie continentur.*]

Sed contrarium ſententiam vti receptiſſimam, ita & veriſſimam eſſe iudico. Receptiſſimam eſſe omnes fatentur, *in Authent. Non licet, C. de liber. præter. Couuarr. ad c. Rainutium, numer. 16. de teſtam. Clarus. §. Teſtamentum, quæſt 41. verſic. Sed quæro.* Veriſſimam autem eſſe, vt oſtendam, ſupereſt.

Vtor ipſe cæteris omiſſis, hoc argumento, quòd abſurdum eſſet, & longè à iure alienum, ſi cauſa ingratitudinis maior committatur, vel ſimilis eis, quæ à lege expreſſæ, & enumeratæ ſunt, eam non eodem iure cenſendam, quo cauſæ lege Iuſtiniani expreſſæ: [*Non poſſunt,* inquit Iulianus, *omnes articuli ſingulatim aut legibus, aut Senatuſconſultis comprehendi: ſed cùm in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt: is qui iuriſdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ita ius dicere debeat.*] l. Non poſſunt, ff. de legib.

Nec mens illa Iuſtiniani eſt, vt cauſas ſimiles, vel maiores expreſſis ab eo excludat, ſed vt eas tantùm cauſas excludat, quæ alijs legibus continentur, ſi non fuerint in ea Conſtitutione expreſſæ. Sic enim ait: [*Vt præter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quæ in huius conſtitutionis ſerie continentur.*]

Senſus eſt; licèt aliæ cauſæ aliquibus legibus continerentur, ſi tamen non continerentur in conſtitutione illa, non licere cuiquam eas opponere, quia Imperator eas pro legitimis non iudicauit: Tales autem cauſæ non ſunt procul dubio, quæ maiores vel ſimiles ſunt expreſſis, quoniam illas Iuſtinianus approbauit; aut approbaſſe exiſtimandus eſt, propter ſimilitudinem. Sed ſunt leuiores & diſſimiles cauſæ. Sed de quæſtióne iſta non admodum difficili, hæc ſufficiant.

Capvt LXXIX.

Si filius poſt iniuriam parenti factam reconciliatus fuerit, vtrum exhæredatio locum habeat.

Sed rurſus controuertitur, ſi pater filium exhæredauerit propter iniuriam ei factam grauem, quæque iuſtam exhæredationi cauſam præbuerit; vtrum ſe eidem filio reconciliatus fuerit, eumque in gratiam receperit, exhæredatio locum habere poſſit. Tres ſunt Doctorum ſententiæ hac de re.

Prima, exhæredationem locum amplius non habere. *Ita Bart. in l. 3. §. vltim. ff. de adim. legatis: refert & ſequitur Iaſon in Authent. Non licet, ad fin. C. de liber. præter. Addentes ad conſil. 159. Alexand. lib. 7.*

Fundamentum eſt in d. l. 3. §. vltim. cum l. ſequen. Vlpianus: [*Quod ſi iterum in amicitiam redierint, & pœnituerit teſtatorem priore offenſa legatum vel fideicommiſſum relictum redintegratur.*] huc accedit text. in l. 5. C. famil. hercisc. ibi, [*Proinde ſi offenſam iſtam clementia flexit, &c.*] & text. in §. vltim. de iniur.

Secunda eſt ſententia, exhæredationem non ceſſare, licèt filius in gratiam patris redierit, *ita Aret. ad l. filio quem pater. ff. de liber. & poſthum. Gerardus ſing. 3. & alij quos commemorat Couuarr. in c. Rainutius, numer. 17. de teſtam.*

Fundamentum eſt in d. l. filio, quem pater. Papinianus: [*Filio, quem pater poſt emancipationem à ſe factam, iterum arrogauit, exhæredationem antea ſcriptam nocere dixi, &c.*] Huc accedit ratio; nam ſi exhæredatio cenſeretur extincta, filius maneret præteritus, eſſetque teſtamentum nullum, quod minimè conuenit paternis voluntati.

Tertia eſt opinio: ſi filius ante exhæredationem in gratiam patris redierit, tunc ſe-

qui non poſſe exhæredationem, quia iam tacitè pater remiſerat ingratitudinis culpam, alias ſecus: *ita Purp ad l. vlt. num.* 145. *C. de pact. & alij à Couuarr. citati, vbi ſupr.*

Fundamentum eſt in d. l. 5. C. famil. herciſc. & in l. Lucius Titius. 90. §. Lucius de legat. 2. Scæuola: [*Reſpondi ſecundùm ea, quæ proponerentur, ita deberi, ſi ij, qui peterent, manifeſtè docerent eo animo circa ſe patronum, cùm teſtamentum faceret, eſſe cœpiſſe, vt ijs quoque legatum dari vellet, alioquin nihil ipſis præſtetur.*]

Mihi videtur pro filio ita exhæredato magna æquitas pugnare; atque ideò eum vindicare hæreditatem poſſe, exhæredatione illa non obſtante, exiſtimo. Non eo colore, quod teſtamentum nullum ſit, quaſi præteritus eſſe videatur. Nam exhæredatus eſt; Nec exhæredatio ceſſat propterea, quòd filius in gratiam redierit. Non eo prætextu, quod exhæredatio ritè & rectè facta non ſit, quia formam debitam habere ſupponitur per inſertionem in teſtamento factam cauſæ iuſtæ ingratitudinis filij.

Nam eam ob cauſam, quòd pater exhæredationis factæ pœnituerit, propterea quòd eum in gratiam receperit; quia etſi pœnituiſſet, nihilominus teſtamentum erat reuocandum per aliud nouum teſtamentum, §. *Poſteriore, in Inſtitut. Quibus modis teſtament. infirm. vel per alios modos, de quibus in l. ſancimus, C. de teſtam. & in l. Hac conſultiſſima, §. ſi quis autem, C. de teſtam.*

Sed eo colore & prætextu, quòd ſecuta poſt iniuriam patri factam reconciliatione, non potuerit exhæredari, aut ſi antea fuerit exhæredatus, non debuerit exhæredatio amplius valere poſt iniuriam remiſſam, Nam iniuria remitti poteſt, §. *vltim. in Inſtitut. de iniur.* Sed hoc in caſu remiſſa eſt; quia pater filium in gratiam recipit, & ei pepercit; Ergo non poteſt amplius illam vindicare exhæredando filium. Et licèt ante remiſſionem iniuriæ potuerit eam vindicare, & propterea filium exhæredare, poſt remiſſionem tamen non poteſt. Et cauſa exhæredationis remiſſione facta extinguitur, quia culpa filio eſt remiſſa. Itaque filius inofficioſum in propoſita ſpecie dicet teſtamentum patris. Si excipiatur ipſum ingratitudinis culpam admiſiſſe, ac proinde exhæredari potuiſſe. Replicabit ille, culpam remiſſam fuiſſe, ac proinde vindicari exhæredatione non potuiſſe, ac ſibi meritò licere paternam hæreditatem vindicare, perinde ac ſi exhæredatus fuiſſet, nulla culpa exiſtente, culpa enim iam remiſſa, pro non commiſſa habenda eſſe videtur.

C A P V T L X X X.

Si filius poſt commiſſam ingratitudinis culpam pœnitentiam egerit, poſſitne exhæredari à patre?

FILIVM, qui commiſit aliquam ingratitudinis culpam, & pœnitentiam egit, exhæredari non poſſe, authores ſunt Alexander *in l.* 1. *num.* 33. *ff. ſolut. matr.* Iaſon *in l. In arenam, C. de inoffic. teſtam. & in Authent. non licet, C. de liber. præter.* Caſtelianus Cotta *in Memor. in dictione, Filiusfamilias.* Clarus §. *Teſtamentum, quæſt.* 41. *verſic. Præterea quæro.*

Fundamentum eſt in eo, quod Specula. docet *in tit. Qui filij ſint legitimi, verſ. Quid ſi filia tua peccat, numer.* 15. *vbi docet,* filiam, quæ in corpus ſuum peccauerit, exhæredari poſſe, & ei alimenta denegari, ſed ſi de peccato pœnitentiam egerit, ei prodeſſe, & non poſſe exhæredari, vel priuari alimentis, *argum. l. Imperialis, C. de nuptijs. §. Aliud in Auth. vt cùm de appellat. cognoſc. c. Ferrum, c. Fidelior.* 50. *diſt. c. inter opera, de ſponſalib.* Nam patria poteſtas in pietate debet, non in atrocitate conſiſtere, *l. Diuus, ff. ad leg. Pompeiam de parricid.*]. *Hac authoritate.* 35. *quæſt.* 3.

Contrarium docuit Felin. *in c. Rodulphus, colum.* 3. *de reſcript.* & poſt alios Couuarr. *in c. Raimutius, num.* 18. *de teſtam.*

Fundamentum eſt: quia pœnitentia criminis tantùm, quo ad Deum, operatur remiſſionem, non autem quo ad forum externum, *vt docet Gloſſ. communiter recepta in c. De his. de accuſat.* Ego in hac quæſtione diſtinguendum puto, vt ſi quidem verſamur in eo genere ingratitudinis, quod

filium

filium ſolum concernit, tunc pœnitentia illi proſit, vtputa ſi filius, vel filia, qui inter mimos, vel arenarios, vel ſcenicam artem exercentes ſe ſociauerit, vel turpiter alioqui viuere cœperit, ab eo vitæ genere deſiſtere, & pœnitentiam agere voluerit, quo pacto Speculator mihi intelligendus videtur, & eius ſententia legibus allegatis confirmatur: Nam in dicta Nouella, Vt cùm de appellat. cognoſc. §. Aliud. dum ibi cauſæ iuſtæ exhæredationis recenſentur, illa inter alias adfertur: [*Si præter voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos ſeſe filius ſociauerit. Et in hac profeſſione permanſerit.* Item, *Si luxurioſam degere vitam elegerit.*] quæ omnia oſtendunt clarè, perſeuerantiam requiri in ipſo crimine, vt iuſta ſit exhæredationis cauſa. Si ergo pœnituerint filij, & vitam turpem ac inhoneſtam reliquerint: [*Omni macula penitus dirempta, & quaſi ſuis natalibus muliebribus redditis, neque vocabulum inhoneſtum eis inhærere de cæterò volumus, neque differentiam aliquam eas habere cum ijs, quæ nihil ſimile peccauerunt.*] l. Imperialis. §. Præſenti, C. de nuptijs.

Quod ſi de alio ingratitudinis genere agatur, quod patrem concernat, puta, ſi filius patrem verberauerit, ſi ei atrocem iniuriam fecerit, ſi vitæ parentum ſuorum per venenum, vel alio modo inſidiari tentauerit, ſi nouercæ ſuæ ſe immiſcuerit, & alia id genus fecerit, quæ à Iuſtiniano commemorantur inter legitimas ingratitudinis cauſas, tunc filijs nequaquam arbitror ad exhæredationem euadendam pœnitentiam prodeſſe, *argument. l. Qui ea, ff. de furtis.* Vlpianus: [*Nemo enim tali peccato pœnitentia ſua nocens eſſe deſijt.*] l. penult. ff. de vi bonorum raptor.

Capvt LXXXI.

Si filius factus fuerit poſt culpam ingratitudinis commiſſam Monachus, poſſitne à parente teſtamento exhæredari?

Gratianvs in decreto 19. quæſt. 3. cap. vltim. ex Nouella Iuſtiniani, tit. de Monach. docet: [*Non licere parentibus liberos, vel liberis, parentes ab hæreditate ſua repellere Monachos factos, quamuis dum Laici fuerant, in cauſam ingratitudinis inciderunt.*] atque ita docuerunt in Roman. *ſing.* 485. Marſil. *ſing.* 413. *num.* 5. *Campegius de dote, part.* 1. *quæſt.* 47. *Felin. in c. Rodulphus, col.* 3. *de Reſcript. Panormit. conſ.* 27. *lib.* 2. *Caſſanæus in conſuet. Burgund. rubri.* 1. §. 5. *verſic. Archidiaconus, num.* 102.

Sed Gloſſ. *in Authent. de Monachis, in princ. in verbo, maculam,* Iuri Ciuili id conſentaneum non eſſe docet, ſed Iuri Canonum; & ſequitur Iaſon *in Authent. Non licet, num.* 4. *C. de lib. præteritis.*

Videtur enim obſtare priori ſententiæ l. Deo nobis, §. 1. C. de Epiſcop. & cler. vbi dicitur, filium propter eam ſolam cauſam, quòd Monachus factus fuerit, exhæredari non poſſe; Ergo propter alias cauſas exhæredari poterit.

Baldus autem *in commentarijs d. l. Deo nobis.* §. 1. exiſtimauit priorem ſententiam locum habere poſſe, vbi cauſa ingratitudinis oritur ex crimine, quod ipſum filium concernit; poſteriorem autem ſententiam veram eſſe; vbi ingratitudinis cauſam filius commiſit ex eo crimine, & vitio, quod patrem ipſum lædit: *Idem docet Aret. in l.* 3. §. 1. *ff. de liber. & poſthum. num.* 9. *& Curt. iun. in Authent. Non licet, C. de lib. præt.*

Cæterùm Alciatus *lib.* 4. *Parergon. cap.* 25. Gratianum ſuſpectum habet, quòd cùm Monachus fuerit, voluerit gratificari cauſæ Monachorum, quandoquidem Nouella illa, quam citat, nullibi extet. Nec alij defuerunt, qui Gratianum hac in re mendacij arguere conati fuerint.

A quibus calumnijs eum vindicat Didacus Couuarr. *in c. Raynutius, num.* 20. 21 *de teſt.* ex Conſtantino Harmanopulo, *lib.* 5. *Epit. c.* 9. docens extare dictam Nouellam ſub tit. Vt cùm de appellatione cognoſcitur, in qua olim inſerta erat & illa pars, quam de Monachis filijs non exhæredandis Gratianus deſumpſit, in hæc verba: *Monachi, ſiue patres, ſiue filij, minime priuantur hæreditate, ob ingratitudinis cauſam, ante profeſſionem commiſſam.*]

Ego verò in libro qui inſcribitur Nouellæ, nouiter inuentæ, Iuſtiniani hanc Nouel-

lam,

lam, de qua loquitur Gratianus, eiſdem verbis conſcriptam inueni, quibus in Gratiani decreto deſcripta eſt, *lib. 2. tit. 130. de Monachis & Monaſter*. Et ideò ex hoc loco Gratianum eam deſumpſiſſe non dubito. Nam & verba illa, quæ ſunt apud Gratianum, extant etiam in dicta Nouella, nempè; [*Non liceat parentibus ad ſolitariam vitam tranſeuntes, de Monaſterijs abſtrahere.*] Et ſuſpicor eſſe hanc Epitomen Iuliani, cuius mentionem facit Gregorius XIII. Pontifex Maximus in ſuis ad Gratiani ad decretum annotationibus: Et ex his in hanc ſententiam venio, vt Monachi digni ſanè maioribus priuilegijs, quia ſe ſuaque omnia Deo dicarunt, hac fruantur lege, vt exhæredari à parentibus non poſſint ob cauſas ingratitudinis antea commiſſas; quanquam contrarium argumentum ſumi poſſit ex dicta l. Deo nobis, §. 1. Nouella enim, quæ poſterior eſt, meritò præferenda erit, & ſequenda.

CAPVT LXXXII.

Vtrum legata pia debeantur hæreditate non adita?

LEGATA pia deberi etiam hæreditate non adita, Authores ſunt Abbas *in cap. Relatum. 1. colum. vlt. de teſtam.* Bartolus *in l. 1. num. 66. in Rep. C. de ſacroſanct. Eccleſ.* Ioan. de Anania *in conſil. 28.* Romanus *in conſil. 493.* Matthe ſilanus *ſing. 163.* Ancharanus *in c. cùm eſſes, num. 15. de teſtament. & in conſil. 144.* Barbatia *conſil. 8. numer. 14. lib. 1.* Bald. *in conſil. 287. lib. 4.* Lapus *allegat. 91. num. 4.* Capella Tholoſana *deciſ. 89.* Couuarr. *in cap. Raynaldus. §. 3. numer. 2. verſic. illud ſanè, & verſic. Octauus caſus.*

Contrarium docuerunt Salicetus *ad l. 1. in 3. quaſt. C. de ſacroſanct. Eccleſ.* Fulgoſius ibi. & Iaſon *in prima lect. num. 29. & in 2. lect. col. vltim. & in l. Eam quam, num. 19. C. de fideicommiſſ. Alexand. in conſil. 209. colum. penult. lib. 2. Imol. in l. qui filio. §. 1. ff. de hæred. inſtit.*

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia in legatis pijs non videtur Iuris Ciuilis ſubtilitas habere locum, ſed iuris gentium. Id patet; quia valet teſtamentum ad pias cauſas, etiam ſine Iuris Ciuilis ſolennibus, *cap. Relatum, de Teſtam.* vbi ſufficiunt duo teſtes; Sed hæc eſt Iuris Ciuilis ſubtilitas, vt non aliter legata ſint præſtanda, quàm ſi ex teſtamento hæreditas adita fuerit, *l. ſi nemo, de teſtament. tutela.* Ergo neceſſaria non eſt in legatis ad pias cauſas.

Huc accedat, quòd in legatis pijs Falcidia locum non habet, *Authent. ſimiliter, C. ad leg. Falcid.* Sicut ergo legata debent præſtari, quando hæreditas non eſt adita, propter expreſſam prohibitionem detractionis Falcidiæ à teſtatore factam, *vt in §. Si verò expreſſim. in Authent. de hæred. & Falcid.* ita etiam & hoc in caſu, quo per legis prohibitionem Falcidia ceſſat.

Hoc poſtremum argumentum nullius eſt momenti, propter duas cauſas: Vna, quia non eſt ſatis exploratum, an in legatis pijs ceſſet Falcidia, immò aliàs diſſerendo hac de re, contrariam ſententiam veriorem eſſe, niſi fallor, demonſtraui. Altera, quòd ex hoc argumento inferri non poteſt id, quòd infertur, nempe generaliter hæreditate non adita, legata pia eſſe præſtanda; quia textus *in d. §. ſi verò expreſſim.* loquitur de hærede patere nolente teſtatori prohibenti Falcidiæ detractionem, ac proinde dicit: [*Eum quidem recedere ab huiuſmodi inſtitutione, locum verò fieri ſubſtitutis, & cohæredibus, & fideicommiſſarijs, & legatarijs, & eis, qui ab inteſtato ſunt, & alijs, &c.*] Quamobrem non licet inde argumentum ſumere generaliter, vt ſemper legata debeantur, licèt ex teſtamento hæreditas adita non ſit; Id enim non ſolùm ad legata pia pertineret, ſed etiam ad alia omnia. Et ex eo vetus regula iuris tolleretur, quod Iuſtinianum in animo habuiſſe credibile non eſt.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia libertas non debetur hæreditate non adita per ſcriptum hæredem, aut per eum, cui bona adijciuntur fauore libertatum, *l. 2. C. ſi quis omiſſa cau. teſtam. Gloſſ. in l. qui filia, §. 1. ff. de hæred. inſtit. l. 4. ff. de fideicommiſſ. liber. l. vlt. C. de manum. teſtament.* libertas autem dicitur cauſa pia, *l. 1. §. ſin autem. C. de communi ſeruo manumiſſ.*

Ego

Ego in hac quæſtione pro pijs cauſis video pugnare communiorem Doctorum ſententiam, & rationem illam, quod ea fuerit voluntas teſtatoris, vt præſtentur legata: ſed tamen, ſi, vt ſoleo, libere ſententiam meam adferre debeo, vereor ne iuri hæc ſententia ſit parum conſentanea. Nam non recte iudicio meo Bartolus, & alij probant, in teſtamentis ad pias cauſſas ſublata eſſe iuris Ciuilis ſolennia, & ſolam rationem naturalem ſequendam vel iuris gentium, ex eo, quod ſancitum ſit, duos tantum teſtes ſufficere in teſtamentis, quæ ad pias cauſſas facta ſunt. Non ſi in vno vel altero caſu, fauore piæ cauſæ à iuris regulis receſſum eſt, & quidem ſumma ratione, quia [*in ore duorum, vel trium ſtet omne verbum,*] ideo per omnia recedẽdum à iuris regulis. Paulus: [*Quod vero contra iuris rationẽ receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias,*] l. Quod vero. ff. de legibus. Hæc non eſt bona conſequentia; Ita lege Canonica conſtitutum eſt, vt legata pia debeantur ex teſtamento coram duobus condito: ergo generaliter ſublatæ ſunt in ijs legatis omnes iuris Ciuilis regulæ. Non recte quis ita ratiocinatur: quia non licet ex vno particulari generaliter aliquid ſtatuere ſecundum bonas regulas argumentandi.

Sed, quod me maxime mouet: Summi Pontifices & Imperatores cauſis pijs maxima contulerunt priuilegia, & ſingularia multa earum fauore contra iuris regulas conſtituerunt, nullum prorſus Canonem, nullam legem ſanxerunt, ex qua in propoſita quæſtione iuris euertatur regula: [*Si nemo ex teſtamento adiuerit hereditatem, nihil valet, quod in eo ſcriptum eſt.*] Non igitur videtur nobis permiſſum, vt noſtris interpretationibus nouum priuilegium, nouam legem inducamus. Ita mihi videtur, ſaluo meliori iudicio.

Capvt LXXXIII.

Poſſitne heres legatum defuncto relictum repudiare in alterius præiudicium.

In hac quæſtione, poſſitne heres legatum defuncto relictum repudiare in præiudicium alterius puta creditoris, vel fideicommiſſarij, celebris eſt diſtinctio Bartoli ad l. Si mihi, 12. de leg. 1. [*Quandoque heres repudiat legatum ad incommodum alienum, nec cedit in commodum ſuum, & hoc non poteſt lege Liberto. ff. de bonis liber. aut repudiat ad incommodum alienum, & commodum ſuum, & tunc, aut alius, in cuius incommodum repudiat, illud habiturus erat ex diſpoſitione defuncti, ex cuius perſona repudiat, & non poteſt repudiare, l. Si fundũ ſub conditione. §. Si Titius, de legat. 1. aut alio modo cedit in ſuum incommodum, ad commodum tamen repudiantis, & poteſt repudiare, l. Si mihi, 12. de legat. 1.*

Hanc diſtinctionem aliqui reprehenderunt, ſed plurimi approbarunt, *vt videre licet ex Couar. ad c. Raynutius. §. 3. nu. 12. 13. 14. de Teſtam.* Ego ne longum faciam, paruo cum fructu in referendis omnium ſententijs, paucis indicabo, vbi conſiſtat difficultas. Illa conſiſtit in trium legum vera interpretatione. Prima eſt l. Liberto. ff. de bonis libertor. Africanus. [*Liberto octuaginta habenti fundus quadraginta legatus eſt, is die legati cedente deceſſit, extraneo herede inſtituto. Reſpondit, poſſe patronum partem debitam vindicare. Nam videri defunctum mortis tempore ampliorem habuiſſe rẽ centum, cum hereditas eius propter computationem legati pluris venire poſſit, neq; referre heres inſtitutus repudiet legatum liberto adiectum necne. Nam etſi de lege Falcidia quæratur: tale legatum, quamuis repudiatum, in quadrantem hereditatis imputatur legatarijs.*]

Ex hac lege probari videtur, heredem non poſſe repudiare legatum in præiudicium alterius; quia etſi hæres liberti legatum liberto relictum repudiet, illud tamen inter bona liberti computatur, in fauorem patroni, vt ex bonis eius legitimam conſequatur.

Altera lex eſt l. Si mihi, 12. de leg. 1. Pomponius: [*Si mihi & tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente heres tibi extitero: liberũ mihi eſſe Labeo ait: ex meo legato: an ex eo, quod tibi heres ſim, acquirã legatum. Et ſi voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea ſit: ex hereditario legato petere eam me non poſſe.*]

Ex hac lege probari videtur, legatum repudiari poſſe in præiudicium alterius; puta, ſi in ſpecie huius legis onus adiectum fuiſſet defuncto legatario, aliquid dandi alteri; vel, ſi creditoribus eius ſatisfaciendum eſſet, nihilominus hæres legatum repudiare poteſt.

Tertia lex eſt l. Si fundum ſub conditione. §. Si Titius, de leg. *1* Iulianus: [*Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam ſciret ad ſe legatum pertinere, deceſſerit, & eundem Seio legauerit, & hæres Titij legatum non repudiauerit, Stichum Seius vindicabit.*]

Ex hac lege colligi videtur, hæredē poſſe legatum repudiare, quaſi ſenſus ſit: ſi hæres Titij legatum repudiauerit, Stichum legatum à Seio vindicari non poſſe, Conſequenter legatum ab hærede Titij repudiari poſſe in præiudicium Seij.

Breuiter omiſſis diſtinctionibus, opinor conſtituendam eſſe firmam concluſionem, quod hæres legatum defuncto relictum repudiare non poſſit in cuiuſquam præiudicium, cuius interſit mortis tempore legatum in hæreditate eius contineri. Exemplum, Titio legantur centum à teſtatore, moritur teſtator: Moritur Titius legatarius legato non exacto, non tamen repudiato, Hæres Titij non poteſt repudiare legatum eiuſmodi, in prĕiudicium creditorum Titij, aut alterius cuiuſcunque, cuius interſit legatum non repudiari, ſed inter bona Titij defuncti mortis tempore annumerari. Ratio eſt euidentiſſima, quia Titio defuncto iam legatum adquiſitum eſt: [*Ea enim, quæ legantur, recta via ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata ſunt, tranſeunt,*] l. à Titio. ff. de furtis. Et legatum acquiritur etiam ignoranti, *l. ſi partem. ff. quemad. ſer. amit. l. vltim. C. quando dies legat. cedat.* Conſequenter in eius hæreditate reperitur: & ideo, non debet eſſe in poteſtate hæredis, illud repudiare in præiudicium alterius, cuius intereſt legatum inter bona hæreditaria computari, argumento *d. l. Si partem. ff. quemad. ſer. amit.* in illis verbis: [*Vt iam nec ius repudiandi legatum tibi poſſit contingere, cum ad te fundus non pertineat,*] & d. l. Liberto. ff. de bonis liberto.

Poteſt enim hæres defuncti legatarij omnem à ſe vtilitatem & commodum legati abdicare, & ei, quantum ad ſuum præiudicium, renunciare, ſed non poteſt renunciare, quantum ad præiudicium alterius. Cui rei cōſentaneum eſt, quod vulgo receptum eſt, licere vnicuique ſecundum antiquam iuris regulam iuri ſuo renunciare, *l. penult. C. de pactis*, nō tamen in prĕiudicium tertij, *vt tradit ibi Gloſſ. & Bart. n. 3. verſ.* [*Secundo caſu, quando continet vtilitatem renunciantis & tertij.*] *Paulus Caſtrenſ. circa finem, argumento l. 1. 2. 3. ff. de liberal. cauſa. l. Si vnus. §. Ante omnia. ff. de pactis.*

Nec difficile eſt reſpondere ad leges, quas retulimus, & quæ contrarium indicare videntur. Nam quod attinet ad l. Si mihi, ideo ibi legatum repudiari poteſt, quia is, qui tanquam hæres alterius repudiat legatum, illud conſequi iure proprio poteſt, quæ libertas non poteſt ei impediri. Declaro: teſtator legauit mihi & tibi eandem rem, quo caſu cuilibet noſtrum ſolidum competit, licet per concurſum partes fiant. Hæres tibi extiti, liberum eſt mihi tanquam hæres tuus non petere legatum, ſed ſolidum illud conſequi ex perſona mea. Ergo non poteſt tertius quiſpiam hoc mihi ius meum auferre, & libertatem hanc tollere, ac impedire: ſolidum reliquit mihi teſtatur, illud peto. Nullus adeſt, qui per concurſum partem mihi faciat, niſi ego mihi ipſi tanquam hæres tuus, partes mihi faciam: at ego nec volo tanquam hæres concurrere, nec mihi partem facere. Nulla me ratio cogit, nulla æquitas hoc poſtulat, vt mihi ius minuam meum. Vt neminem repudiando lædam, iuſtum eſt, ſed non debet eſſe hoc cum detrimento meo coniunctum. Repudio, vt mihi principaliter conſulam, ſi per conſequentiam nonnihil alijs noceam, nihil mihi imputandum eſt: quia iure meo vtor, *argumen. Proculus. ff. de damno infect. l. Fluminum. §. vltim. ff. eo. l. 1. §. Denique, in 1. ff. de aqua plu. arcend. l. Si in meo. ff. eod. tit.*

Quod vero attinet ad textum in l. Si fundum ſub conditione, §. Si Titius. ff. de legat. *1.* ideo concluſionem noſtram non offen-

offendit, quoniam non negat hærede repudiante legatum deberi, ſcilicet quantum ad hoc vt rem legatam hæres redimat vel rei æſtimationem præſtet: ſed negat Stichum vindicari poſſe. Nam ſi non ſit penes hæredem, ſed alios, procul dubio legatarius illum vindicare non poteſt: Stichi enim legati dominium eſſe non poteſt apud hæredem inuitum. Nec enim dubium eſt, quin ſi velit, poſſit ſingulares aliquas res hæreditarias abijcere & repudiare, & non acquirere, ſed non poteſt ea res alijs præiudicium inferre, ideo hæres cogitur illa omnia, quæ tempore mortis defuncti in hęreditate eius ſunt, computare inter bona hęreditaria, quoties ita fieri alterius intereſt. ſed non cogitur retinere res, & ſibi ſoli eas repudiando inferre præiudicium poteſt, dummodo onera ſubeat hæreditaria.

CAPVT LXXXIV.

De donatione inofficioſa parentum quatenus reuocetur a filijs.

SI parentes inofficioſis donationibus ſuas facultates exhauſerint, dubium nõ eſt, quin filijs eas reuocandi querela inſtituta ad inſtar inofficioſi teſtamenti facultas concedatur. Sed controuerſia eſt, an in totum reuocentur, an vero vſque ad legitimam portionem filijs debitam duntaxat. Etenim vſque ad legitimam duntaxat eam reuocari docuit olim Azo. Hugolinus autem dixit, ſi donatio inofficioſa ſit re & conſilio, & in extraneum collata, tunc in totum reuocari, ſi vero re tantum, reuocari vſque ad legitimam tantum. Cæterum ſi in filium collata ſit, tunc licet re & conſilio inofficioſa ſit, non reuocari tamen, niſi vſque ad legitimam. Hanc poſteriorem ſententiam videntur Doctores magis communiter ſecuti, eo in caſu quo filio nihil relictum eſt, licet Azonis ſententiæ ſui non defuerint patroni, vt videre licet ex Tiraquello, qui copioſe autores citat, & nihil vt illi ſolenne eſt, definit, *ad l. Si vnquam, C. de reuocandis donatio. in verbo* [*Totum*] *num. 4. 5. ex Claro, in §. Donatio. quæſt. 24. Differuntq; interpretes hac de re in l. Titia 89. §. Imperator, de leg. 2. & in l. 1. C. de inofficioſ. donatio.*

Qui dixerunt in totum aliquando donationem inofficioſam reuocari ſecundum diſtinctionem Hugolini, adducti in eam ſententiam fuerunt ex l. Si libertus. §. vltim. ff. de iure patronatus, vbi dicitur alienationem à liberto factam in fraudem patroni in totum reuocari. Vlpianus: [*Si quis plures res ſimul alienando, minorem ſe centenario fecerit, quarum vna reuocata, vel omnium partibus maior cẽtenario efficitur: vtrum reuocamus omnes: an pro rata ex ſingulis, vt centenarium eum faciamus: Magisq; eſt vt omnium rerum alienatio facta nullius momenti ſit.*] Si ergo in fauorem patroni ita cõſtitutum eſt, multo magis idem conſtituendum eſt in fauorem liberorum, neq; enim minus iuris liberi habent in bonis parentum, quam patronus in bonis liberti.

Secundo ex d. l. Titia 89. §. Imperator, de leg. 2 cuius verba hæc ſunt: [*Imperator Alexander Auguſtus Claudio Iuliano præfecto vrbi. Si liquet tibi Iuliane chariſsime auiam interuertendæ inofficioſi querelæ patrimonium ſuum donationibus in nepotem factis exinaniſſe, ratio depoſcit: id quod donatum eſt, pro dimidia parte reuocari.*] Dimidiam partem intelligunt eſſe totam eam partem bonorum, quæ nepoti reuocanti donationem competit: quia erãt duo nepotes auiæ, & ſic in totum donatio reuocatur, non autem pro legitima tantum portione.

Qui vero Azonis ſententiam amplexi ſunt, fundamentum poſuerunt in eo: quod nulla extet lex, conſtituens donationem inofficioſam in totum reuocari, ſed omnes leges dicunt eam reuocari vſque ad legitimam portionem, *l. Si totas. C. de inoffic. donat.* ibi: [*Vt filij vel nepotes,* &c. *debitum bonorum ſubſidium conſequantur, ad patrimoniũ tuum reuertitur,*] l. Si mater, ibi: [*Quod immoderate geſtum eſt, reuocabitur,*] l. Si liqueat, ibi: [*Quod donatum eſt pro ratione quartæ ad inſtar inofficioſi teſtamenti cõuictis diminuetur.*] C. eod. titu. Nulla eſt lex, quæ diſtinctionem adhibeat inter donationem filio collatam vel

extra-

extraneo, imo nullam eſſe differentiam inter donationem filio collatam, vel extraneo, clare indicat textus *in l.1.C.eodem tit.* in illis verbis: [*Factis donationibus, ſiue in quoſdam liberos, ſiue in extraneos exhauſit*, &c.]

Quod ſane fundamentum adeo infirmũ mihi videtur, vt non verear hanc poſteriorem ſententiam amplecti, & tanquam legibus magis conſentaneam aſſeuerare, ac tueri. Præclare igitur Cuiacius ad titu.de inoff.donatio. [*Exemplo querela inofficioſi teſtamẽti cõparata eſt querela inofficioſæ donationis: ſed hoc intereſt, quod querela inofficioſi teſtamenti totum teſtamentũ reſcindit, ſiue extranei, ſiue alij liberi inſtituti ſint, querela inofficioſæ donationis id tantum reſcindit & reuocat, quo minuitur portio debita liberis, quia quo liberaliores ſunt morientes, quã viuentes, eo ſunt etiam minora horum, quam illorum iudicia, & liberalitates coercendæ. Argumentum huius rei eſt lex Caninia.*]

Ad primũ argumentum reſpondet Aret. *in conſil.* 47. & recte, nihil ad hanc rem pertinere id, quod dicitur *in l.ſi libertus.ff. de iure patronat.* quia loquitur de alienatione in fraudem legis facta a liberto, vt ſcilicet minor eſſet centenario, ad patronum excludendum a debita portione: Id paret ex verbis ſuperioribus: [*Quoties in fraudem legis fit alienatio, non valet quod factum eſt. In fraudem autem fit, cum quis ſe minorem centenario facit, ad hoc vt legis præceptum euertat.*]

Hoc nihil habet cõmune cum quæſtione noſtra, quia non hic aliquid fit in fraudem legis: ſed in fraudem filiorum. Libertus dicitur in fraudem legis facere, quoties alienat aliquid, vt videatur non habere centum in bonis, quo caſu nihil debetur patrono, & lex eluditur, quæ patronis defert in bonis libertorum portionem: qui maiores centenarijs ſunt, vt in Inſtitut.de ſucceſſ. libert. quod ſi in fraudem patroni, & non legis fiat alienatio, non reuocatur, niſi quoad legitimam patrono debitam, *vt dicitur in d.l.Si libertus.*

Ad textum autem *in l. Titia. §.Imperator.* reſpondeo, dimidiam, de qua textus loquitur, non eſſe totius hæreditatis auię, ſed dimidiam quartæ partis debitæ nepoti. *Ita* etiam loquitur textus *in l.Si mater. C.de inoff.* *donat.* ibi, [*Vt quarta partis dimidiam*, &c.] Quæ interpretatio veriſſima eſt, & omnino neceſſaria, & eſt Iacobi Cuiacij *lib.5.Obſeruat.cap.14.*

CAPVT LXXXV.

Poßintne liberi alienata à parentibus titulo oneroſo vſque ad legitimam reuocare.

CVm exploratum ſit inofficioſas donationes à parentibus factas reſcindi poſſe, vt dictum eſt in præcedenti capite controuertitur vtrum & eodem modo venditiones, & cæteræ alienationes, quæ titulo oneroſo fiunt, reuocari poſſint, vſque ad legitimam portionem filijs debitam, & quidem Bart. *in l. Non vſq; adeo.ff.ſi à parente quis fuerit manu.* reuocari poſſe ſcribit ad ſimilitudinem donationum, ſed contrarium ſcribit in l.Hæreditarium, *ff.de bonis aut.iud.poßid.* & hanc poſteriorem ſententiam allatis autoritatibus magis communem eſſe dicit Clarus *in §.Donatio.quæſt.24. circa finem.* Cæterum Couarru. diſtinguit quatuor caſus *in c. Raynutius.* §.10.*nume.9.de teſtam.*

Ego in hac ſententia ſum, vt ſi alienatio titulo oneroſo fiat à parentibus abſq; fraude & dolo, hoc eſt, non eo animo, vt filijs legitimam auferant portionem, valeat; primo, quia parentes dum viuunt, domini ſunt rerum ſuarum: [*Iniquum eſt autem ingenuis hominibus, non eſſe liberam rerum ſuarum alienationem.*] l.Non vſque adeo, ff.ſi à parente quis fuerit manumiſſ. Secundo, quia æs alienum ante legitimam deducendum eſt, *l.Papinianus.§.Quarta.ff.de inoff.teſt.* ex quo apparet potiorem eſſe cauſam creditorum quæ ſine dubio originem habet ex titulo oneroſo quam legitimæ. Tertio, quia nulla eſt lex, quæ venditiones huiuſmodi & alienationes reſcindat.

Cæterum, ſi alienatio in fraudem legitimæ filijs debitæ fiat, non dubito quin reuocetur ad ſimilitudinem eius alienationis, quæ fit in fraudem legitimæ filio arrogato debitæ, ex coſtitutione Pij Antonini, *l.vlt.*

l. vlt. ff. ſi quid in fraud. patroni. Et eius quæ ſit in fraudem legitimæ patrono debitæ à liberto, *vt patet ex toto illo titul. Si quid in fraud. patr.* Nec enim minoribus eſt digna fauoribus legitima filijs debita, quàm patronis & filijs arrogatis.

Ad rem iſtam non pertinet, l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoff. teſtam. quia non loquitur de libertatibus inter viuos datis, ſed in teſtamento: ac proinde dicit filio, qui non eſt in poteſtate patris hæredi inſtituto, omiſſa hæreditate, querelam, dari contra ſubſtitutum.

Capvt LXXXVI.

Teſtamentum factum apud acta iudicis an teſtes requirat.

QVATVOR ſunt Doctorum opiniones hac de re. Prima eſt Angeli & Richardi Malumbræ *in l. Omnium. C. de teſtament.* ſeptem teſtes requiri, quia de maximo præiudicio agitur. Secunda eſt Saliceti, ibidem tres requiri, *argum. l. Sancimus. C. de teſtament.* ibi: [*Et hoc per teſtes idoneos non minus tres, &c.*] Tertia eſt Bartoli, Baldi, Alexandri, *eodem in loco* duos teſtes requiri, quia acta notarij debent teſtes habere; §. *Oportet, in Authent. de teſtibus.* Et ideo duo ſaltem teſtes requirantur. Poſtrema eſt opinio Fulgoſij Pauli Caſtrenſis & Iaſonis, nullos teſtes requiri, & hæc mihi veriſſima videtur, & probari videtur *ex l. Omnium. C. de teſtam.* ibi: [*Sicut ergo ſecurus erit, qui actu cuiuſcunque iudicis, aut municipum, aut auribus priuatorum mentis ſuæ poſtremum publicauit iudicium, &cæt.*] Si ergo eſt ſecurus, qui vltimam ſuam voluntatem actis publicauit, ſicut is, qui auribus priuatorum; ergo teſtes non requiruntur in teſtamentis apud acta conditis & inſinuatis: ſed perinde valent, ac ſi coram ſeptem priuatis teſtibus publicata eſſent.

Et ideo textus *in l. Sancimus. C. eodem titul.* æquiparat hæc duo, coram tribus teſtibus teſtamentum fieri, vel inter acta manifeſtari.

His accedat quod dicit text. [*In donationibus quæ actu inſinuantur, non eſſe neceſſarium vicinos vel alios teſtes adhiberi.*] l. In donationib. C. de donat. Cur ergo adhiberentur in teſtamentis. At dicebat Angelus eſſe maioris præiudicij, reſpondeo, vt maximè id verum ſit, non tamen teſtes neceſſarios fore: quia illos nunquam Imperator requirit, quoties apud acta fit & publicatur teſtamentum, & ratio eſt, quia iudicis authoritas ſupplet teſtium numerum, & tollit omnem falſitatis ſuſpicionem. Cæteræ opiniones nullum habent ſolidum fundamentum.

Capvt LXXXVII.

Vtrum donatio inter viuos omnium bonorum præſentium, & futurorum valeat?

DONATIONEM inter viuos omnium bonorum præſentium, & futurorum non valere, primus omnium Bartolus nos docuit *in l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verbor. obligat.* cuius ſententia frequentiſſimis Doctorum ſuffragijs recepta eſt. *Vide Cagnolum ad l. vltim. C. de pact. num. 237. Couuarr. in Rubr. de teſtam. in 2. parte, numer. 4. Clarum, in §. Donatio, quæſt. 19.*

Sed quoniam Baldus, Salicetus, Angelus, & multi alij, ac præſertim Alciatus *ad l. vltim. num. 74. C. de pact.* contrarium docuerunt, breuiter confirmata priori ſententia, quæ mihi æquior videtur; poſterioris argumenta confutanda ſunt.

Fundamentum igitur communioris, &, vt mihi videtur, æquioris ſententiæ poſitum eſt in eo, quòd ea donatio ſit contra bonos mores. Primùm, quia libertam impedit teſtamenti factionem. Nam nihil donator habet, de quo poſſit in teſtamento diſponere. Præclarè enim Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium titul. 20. [*Filiusfamilias non poteſt facere teſtamentum, quia nihil ſuum habet, vt de eo teſtari poſſit.*] Secundò, quia contra bonos mores & humanitatem eſt, aliquem in eum ſtatum ponere, vt nihil prorſus habeat, vel habiturus ſit, atque adeò infelicitet viuere debeat.

Addo ego aliud abſurdum, quod ex eo ſequeretur: nempè donationem iſtam idem effectu continere, quod teſtamentum & hæredis inſtitutio. Nam quid amplius hæres habet quàm is, cui donata ſunt omnia, bona præſentia & futura? Teſtamentorum autem multa ſunt ſolennia iure conſtituta, vt fraudes euitentur eam ob cauſam, quòd agatur res maximi momenti? At certè eiuſdem planè momenti eſt ea donatio, qua de agitur, ac proinde eiſdem obnoxia periculis & dolis: Quare eadem & ea ſolennia poſtularet, quæ teſtamentis adhibentur, qua tamen de re nulla extat lex, nulla conſtitutio, vt planè appareat donationem huiuſmodi iure cognitam ac receptam non eſſe, ac proinde in ciuilem & alienam ab omni æquitate & iure.

Sed argumenta contrariæ opinionis diſſoluenda ſunt. Primum eſt, quia donans in eo ſtatu non eſt, vt nihil acquirere poſſit, immò poteſt acquirere, puta ſi ei aliquid donetur ea lege, ne donatario adquiratur; vel ſi donatarius futurorum acquiſitionis incapax efficiatur, &cæt. Reſpondeo, hæc planè incerta eſſe & dubia; illud autem certum, quod donator inſpecto præſenti ſtatu nihil habeat, & nihil ſibi acquirere regulariter poſſit. Quòd donatarius futurus ſit incapax, præſumendum non videtur, multò minus, quòd ſit futurum, vt donatori aliquid ſub ea conditione donetur, relinquaturve. Conſiderato igitur præſenti ſtatu donator nihil habet, nihil ſe habiturum ſperare poteſt, quod ſanè eum in maximam, & intolerabilem miſeriam conſtituit, ac proinde non videtur bonis moribus conuenire.

Secundum argumentum eſt, quia donator inſtituere poterit ſeruum, qui erit illi hæres neceſſarius: Sed vnde ſeruum ſibi retinere poterit, qui omnia bona præſentia & futura donauerit? Nec ad rem pertinet, quod dicitur donatorem in quantum facere poteſt teneri, *l. Inter. §. Is quoque, ff. de re iud.* Quia illud pertinet ad eam ſpeciem, qua donata ſunt aliqua bona, vt non exigantur in ſolidum, ſed ratio habeatur eius, quòd donator facere poſſit, vt non egeat, quæ interpretatio ideo locum habere non poteſt in ea ſpecie, qua donantur omnia bona præſentia & futura, quia repugnantiam implicaret; Neque enim iſta ſimul cohærere poſſunt, vt donator omnia bona præſentia & futura, nihil ſibi reſeruando, in alium transferat, & vt ipſe maneat aliquarum rerum dominus.

Tertium argumentum; quia hæreditas iuris intellectum abſque vlla re hæreditaria habet, *l. Hæreditas. ff. de petit. hæred.* Reſpondeo, nihil ad rem pertinere, quia hoc dicit textus hæreditatem intelligi ſine vllo corpore, quia eſt nomen iuris: ſed tamen præſupponitur aliquid iuris eſſe in ea, alioqui ſi nihil eſſet, non diceretur hæreditas.

Quartum argumentum eſt, quia is, qui ſoluendo non eſt, poteſt hæredem inſtituere, *l. Qui ſoluendo. ff. de hæred. inſtitut.* Reſpondeo, id concedo; poteſt enim quis aliquando hæreditatem adire, quæ plus damni adferat quàm lucri, & damnum ex ea ſentire, ſi inuentarium non confecerit, ſed quis erit tam impos mentis, qui hæres eius eſſe velit, qui alteri donauit omnia bona præſentia & futura? Nemo certè erit, qui id ſciens adire velit eius hæreditatem, ac proinde non facilè continget donatorum tam profuſum vllum hæredem habere.

Poſtremum argumentum eſt, quia quantum ad futura bona donatoris, dominium tranſlatum non eſt in donatarium. Illud enim transfertur traditione, *l. Traditionibus, C. de pact.* Donator autem tradere non poteſt ea, quæ nondum habet. Ergo reſpectu bonorum futurorum dominium ipſi acquiretur donatori: ac proinde teſtamentum facere, ac de eis poterit diſponere. Reſpondeo, donatarium licèt dominium ante traditionem nactus non ſit, actionem tamen acquiſiniſſe, per quam donatorem ad bonorum traditionem compellere poſſit, quod ius etiam illi competet aduerſus ſucceſſores eius, ſi forte donator teſtamento condito in alios bona

bona transferat, & ita res ad eundem lapidem reuoluetur, vt nullum hæredem effectu donator habiturus ſit, nullam realem teſtandi facultatem, ſed imaginariam tantùm, & verbalem, cuius nulla ſit habenda ratio.

CAPVT LXXXVIII.

An donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, iuramento confirmetur?

CÆTERVM ſi iuramentum donationi omnium bonorum præſentium & futurorum acceſſerit, tunc alio iure vtimur, alijs regulis illa ſubijcitur, alia nobis ſpectanda ſunt. Religio ſcilicet ipſa intuenda eſt, ne Deus offendatur, ne periurijs aditus pandatur. Vt quod in alterius præiudicium non vergit, nec tendit in diſpendium ſalutis æternæ, iuris ciuilis regulis poſthabitis, iuramento confirmatum ſeruetur, & ſuum obtineat vigorem, *cap. Cùm contingat, de iureiur. cap. Quamuis, de pact. lib. 6.* Et proinde eorum ſententiam magis probo, qui donationem iſto in caſu valere dixerunt, nec pauci ſunt, nec claſſis infimæ. *Panormitan. conſil.* 18. *lib.* 1. *Corneus conſil.* 252. *lib.* 1. *Decius conſil.* 655. *& in l. Pactum quod dotæ. C. de pact. Cepolla conſil. ciuili* 8. *Crauetta in conſil.* 139. *Socin. iun. conſil.* 65. *numer.* 49. *&* 143. *numer.* 36. *lib.* 1. *Couarr. ad Rubr. teſtam. in* 2. *parte, num.* 5.

Contrariam ſententiam plurimi ſecuti ſunt apud Clarum, §. *Donatio, quæſt.* 20. & apud Couarr. *loco proximè citato, num.* 4. eo argumento, quòd donatio iſta ſit contra bonos mores, & conſequenter iuramentum obligatorium non ſit, *cap. Non eſt obligatorium, de reg. iur. lib.* 6. Reſpondet optimè Couarr. non eſſe contra bonos mores, quare repugnet iuri naturali, vel contineat aliquod crimen aut peccatum etiam veniale. Quòd enim quis ſibi præripiat donando teſtandi facultatem liberam, iuri diuino non repugnat, & ideo ſeruari poteſt hoc in caſu iuramentum ſine diſpendio ſalutis æternæ. Contra bonos mores dicitur inſpecto iure ciuili, ac regulis eius, & ijs, qui ad politicam adminiſtrationem ſpectant, quibus Dei numen, religionem, vim & authoritatem iuramenti præferendam eſſe ſæpenumerò ſacris canonibus edocemur.

CAPVT LXXXIX.

Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum reſeruato vſufructu an valeat?

CONTROVERTITVR præterea an donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, reſeruato vſufructu ipſi donatori, valeat. Etenim negant valere Paulus Caſtrenſis *in l. vlt. num.* 20. *C. de pact. & in conſil.* 65. *num.* 8. *lib.* 2. Decius *in d. l. vltim. num.* 32. *Curtius iunior, num.* 58. *Purpuratus, numer.* 25. *Idem Decius in conſil.* 30. *num.* 3. *& conſil.* 251. *num.* 3. *Corneus conſil.* 176. *lib.* 2. *Cagnol. in d. l. vlt. num.* 240. Fundamentum eſt, quia nihil donator habet, de quo teſtetur, & conſequenter donatio eſt contra bonos mores, veluti auferens teſtandi poteſtatem, Nec obſtat reſeruatio vſusfructus, quia de fructibus non poterit donator teſtari, quos poſt donationem acquiſiuit, vel tempore donationis habuit; ſed ad donatarium pertinebunt; Continet enim donatio bona omnia præſentia & futura, ergo continet etiam fructus poſtea quæſitos donatori, & multò magis eos, quos habuit donationis factæ tempore, nec enim fructus præcisè ſunt reſeruati, ſed vſusfructus tantùm, qui morte finitur. At contrarium docuerunt Alexand. *in l. ſtipulatio hoc modo concepta, num.* 18. *ff. de verb. oblig. & ibi* Iaſon *colum.* 7. Aretinus *conſil.* 54. *Iacobinus & Alciatus ad l. vlt. C. de pact. Couarr. lib.* 3. *variar. reſol. cap.* 12. *non procul ab initio. Clarus*, §. *Donatio, quæſt.* 19 *ad finem. Alciat. in l. vlt. num.* 8. *C. de pact.*

Et hæc poſterior ſententia mihi maximè probatur. Vtitur autem Couarr. ad eam confirmandam quibuſdam argumentis, quæ mihi non admodum vrgere videntur. Primum eſt: [*Nam res ipſa conſentiente donatario alienata*, inquit, *deinde redempta in bonorum futurorum donationem non reuertitur*,

ſicuti deducitur ex l. vltim. C. de remiſſ. pign. quo in loco probatur, rem ab mutuo hypotheca obligatam & ſubiectam ſemel, tamen conſentiente creditore alienatam minimè in eandem hypothecam redire, etiamſi debitori iterum acquiſita fuerit: quamuis hypotheca bona præſentia & futura complectatur. Sic & fructus ſemel à donatore excepti, ne in donationem, vt compertum eſt ex eius mente, veniant, licèt ab eo, poſtmodum acquirantur, donatario minimè obuenient, nec ad eum pertinebunt.

Alterum argumentum ex l. penult. §. vltim. ff. de pignot. vbi Iuriſconſultus ſcribit pecuniam à debitore mutuo acceptam ab alio, quàm creditore in hypothecam bonorum præſentium & futurorum venire, cùm ipſe debitor prius quàm pecuniam mutuò acceperit, pignori obligauit, quicquid in bonis haberet habiturúſve eſſet; quaſi ſecus ſit in pecunia mutuò accepta per debitorem ab ipſomet creditore, cui ob eam cauſam hypotheca conſtituitur, Sic igitur licèt donatio futurorum bonorum contineat fructus percipiendos per ipſum donatorem ex alia cauſa, non tamen continebit fructus percipiendos ex cauſa reſeruationis factæ in ipſa donatione.

Non ſunt, inquam, hæc argumenta ſatis firma; quoniam ad primum reſponderi poteſt, creditorem ius hypothecæ amittere in ea re, quam eo conſentiente debitor alienauit: & ideo abſque nouo conſenſu illa ſemel extincta reuiuiſcere non poteſt: eadem ratio atque idem ius in fructibus, ſi illi probarentur à donatore excepti. Sed quòd excepti fuerint, probandum eſt, non præſupponendum, quoniam illud eſt, de quo diſputatur. Negant enim contrariæ ſententiæ Authores fructus reſeruatos eſſe, quibus adſtipulatur, quòd aliud ſit vſusfructus reſeruatus, aliud fructus poſtea percepti: Nam vſusfructus eſt ius vtendi & fruendi, & illud reſeruatum eſt. Fructus autem ſunt res acquiſitæ ex hoc iure vtendi, & fruendi, quæ videntur in donationem venire.

Quòd verò attinet ad alterum argumentum, negari poſſet ſimilem eſſe caſum, qui adſertur de pecunia mutuata ab ipſo creditore: quia ſi pecunia eſſet obligata creditori, qui mutuauit, tunc non liceret debitori, qui eam accepit, expendere, diſtrahere, ac vti, tanquam ſua, ſecundùm intentionem contrahentium mutuum: atque adeò non liceret ei præiudicare hypothecæ creditoris quam haberet in pecunia, eam conſumendo, quod eſt contra naturam mutui; ad hoc in caſu donatori liceret vti frui rebus donatis, iuxta reſeruationem ſibi factam, licèt de fructibus perceptis teſtari non poſſet.

Exiſtimo ego firmius eſſe hoc argumentum pro confirmatione poſterioris ſententiæ, quia videlicet, dum donator ſibi vſumfructum reſeruat, videtur ſibi in conſequentiam reſeruare ius, quod competit vſufructuario; Eſt enim annexum, nec intelligi poteſt aliquem vſumfructum habere, niſi ſit vſufructuarius. Sed vſufructuarius facit fructus ſuos, *l. Qui ſcit, verſ. Præterea cùm, ff. de vſur.* ac proinde eos tranſmittit ad hæredes ſuos, *l. Defuncta. ff. de vſufructu, & cæt.* Ergo & iſte donator reſeruaſſe ſibi intelligitur hoc ius faciendi fructus ſuos, & ſibi acquirendi, ac tranſmittendi ad ſuos hæredes. Hoc enim ius, vt dictum eſt, vſufructuario competit. Ex quo efficitur fructus percipiendos donatorem ſibi reſeruaſſe, licèt non expreſsè, tacitè tamen; & in conſequentiam vſusfructus reſeruari: quo ita poſito contrariæ ſententiæ fundamentum corruit; eo enim argumento nitebatur, quòd fructus reſeruati non dicerentur.

Capvt XC.

Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, aliquo reſeruato, de quo donator in vita diſponere valeat, an de iure ſubſiſtat?

Donationem omnium bonorum præſentium & futurorum, reſeruato aliquo, de quo donator in vita diſponere valeat, non valere reſponderunt Bartolus *in con-*

*in conſ.*76.Decius *in conſ.*251.Socin.*conſ.*126. *nu.*8.*lib.*3.Dom.meus Cephalus *in conſ.*44. *nu.*15.*lib.*1.Cagnolus alios citans *ad l. vlt. nu.* 245.*C.de pactis.*

Fundamentum eſt, quia donatori tollitur libera teſtandi facultas; Nec obſtat reſeruatio facta, quia intelligitur hoc operari, vt donator de eo valeat diſponere in vita ſua, ſcilicet vt ex eo ſe alere poſſit; & ne egeat, non autem, vt teſtari poſſit: quia teſtamentum non eſt actus inter viuos, ſed vltima dicitur voluntas, & morientis potius actus videtur, quam viuentis, habita ratione temporis, in quod teſtamentum confertur. Illud enim confertur poſt mortem teſtatoris.

Contrarium reſponderunt Iaſon *in conſil.*130.*libr.* 4.*Alc.ad l.vlt.non procul à fine. C.de pact.*Couarr.*libr.*3. *var.reſol.cap.*12.*num.*3.*poſt verſ. Quibus accedit.*

Fundamentum eſt, quia teſtamentum dici poteſt diſpoſitio inter viuos. Fit enim ab eo, qui viuit, atq; adeo in vita, nõ autem poſt mortem: Et ideo is, qui reſeruat ſibi facultatem in vita diſponendi, videtur ſibi reſeruaſſe teſtandi facultatem. Quod ſi aliter de bonis reſeruatis diſponat, & ea viuens conſumat, non propterea dici poteſt, non habuiſſe poteſtatem teſtandi, ſed ſibi imputare debet, quod bona voluerit aliter conſumere.

Ego puto adhibendam eſſe aliquam diſtinctionem circa hanc reſeruationem: Nam bona reſeruata fieri poteſt, vt ſint valde exigua, & ideo vix ſufficiant ad alimenta donatoris. Hoc in caſu, puto veram eſſe Bartoli ſententiam, quia tunc intentio reſeruantis præſumitur eſſe, vt bonis reſeruatis vti poſſit, & de eis diſponere pro ſuis neceſſitatibus, nõ autem, vt de eis teſtetur. Quod ſi bona reſeruata nõ ſint exigua: ſed precioſa & tanta, quæ longe excedant donatoris neceſſitates & alimenta, tunc exiſtimo ita reſeruationem interpretandum eſſe, vt de bonis reſeruatis donator poſſit etiam teſtando diſponere. Neque enim ita ſtricte accipienda ſunt illa verba: [*Vt poſſit in vita diſponere,*] quaſi denotent diſpoſitionem inter viuos tantum: ſed latius accipienda ſunt, vt hunc ſenſum habeant, quod donator velit ſibi ius ſaluum eſſe, dũ viuet, pro libitu ſuæ voluntatis de eis diſponere, ſcilicet contrahendo, donando, teſtando, vti maxime voluerit, tanquam rei ſuæ moderator, & arbiter. *l. in re mandata. C. mandat.* Hoc igitur in caſu, quia teſtandi facultatem donatio non adimit, merito valebit, & iuris regulis conſentanea eſt, interpretatio in obſcuris, per quam actus potius valeat, quam pereat. *l. Quoties. ff. de reb. dub. l. Quoties. ff. de verb. oblig.*

CAPVT XCI.

Quod ſi donans omnia bona præſentia & futura, reſeruet ſibi aliquid, de quo diſponere poſſit in certum genus perſonarum, vel in certam cauſam, puta, vt poſſit diſponere, ſiue teſtari pro anima: an valeat donatio?

REſeruationem à donatore factam aliquorum bonorum, teſtandi gratia, liberam eſſe oportere, & non reſtrictam: & ideo ſi dicatur, vt poſſit pro anima de bonis reſeruatis donator teſtari, ac diſponere, non valere donationem omnium bonorum præſentium & futurorum, ea reſeruatione non obſtante reſponderunt Ripa *libro* 3. *Reſponſ. cap.*14. *numero* 4. *libro* 3. Cagnol. *ad l. vlt. numer.* 244. *C. de pact. vbi alios citat.*

Fundamentum eſt, quia licet ius teſtandi reſeruatum ſit à donatore, reſtricta tamen eius libertas eſt, vt teſtetur, ſcilicet in eam cauſam, quam reſeruatio continet, ideo videtur eſſe contra bonos mores. *argu. l. Stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. obl.* Contrarium docuit Alciat. *in d. l. vlt. col. vlt. C. de pact.* Couar. *variar. reſol. lib.* 3. *c.* 12. *num.* 3. *verſ. Quibus accedit.*

Et hæc ſententia mihi veriſſima videtur; quia per eam reſeruationem non minuitur teſtandi libertas. Etenim donator, qui centum aureos, verbi gratia, ſibi reſeruauit, vt pro anima diſponeret, non cogitur præciſe de eis pro anima teſtari, ſed ſi velit, poterit teſtari. Eſt enim ab eo facta

reſeruatio in ſui fauorem, vt ſi velit, poſſit diſponere pro anima, non vt cogatur: imo, ſi donator pro anima de rebus reſeruatis teſtatus eſſet, proculdubio teſtamentum mutare, & reuocare poſſet. Quare contrariæ ſententiæ fundamentum corruit & nullus hac de re dubitandi locus relinquitur.

Capvt XCII.

Quid ſi donans omnia bona præſentia & futura, reſeruet ſibi aliquid, de quo poſſit in vita, vel in morte diſponere, an valeat donatio?

Reſpondit de hac facti ſpecie Decius *in conſil.252.* negauitque valere donationem: quia talis reſeruatio non videtur præciſe reſeruare teſtandi facultatem donatori, ex quo habet poteſtatem diſponendi de bonis reſeruatis in vita, & conſequenter diſponendo de illis in vita non retineret teſtandi facultatem. *Sequitur eandem ſententiam Curtius iunior in conſ.25. & in conſil.* 120.

Sed contrarium reſpondit Crauetta *in conſ.222.num.10.* Alciatus *ad l.vlti.col.vlt.C. de pact.* Couar. *var.reſolut.lib.3.cap.12.num.3. verſ.Quibus accedit.* Cagnol. *in d.l.vlt. nu.248. vbi tamen cogitandum eſſe dicit, propter magnam Decij autoritatem.*

Mihi videtur res ſatis perſpicua: donationem in propoſita ſpecie valere, nec tollere facultatem teſtandi. Imo expreſſe reſeruare: quia donator liberum ſibi arbitrium reſeruat de certis bonis diſponendi, vel in vita, vel in morte, hoc eſt, vel teſtando de illis, vel aliter diſponendo, prout ipſe maluerit: Ergo teſtari poterit, ſi voluerit. Nec quicquam mouet illud, quod dicebat Decius, ſi donator in vita diſponeret, eum amiſſurum, ſiue non retenturum teſtandi facultatem: quia ſufficit, eum habere teſtandi facultatem, ſi nolit teſtari, ſed malit inter viuos alienare, dilapidare, vel diſtrahere, ſibi imputet. Eodem enim modo nullus eſt rerum ſuarum dominus, qui hoc modo non ſibi auferret teſtandi facultatem, ſi videlicet bona ſua inter viuos diſtraheret, alienaret, abſumeret. Verius eſt igitur donatorem poſt donationem factam ſibi adimere teſtandi facultatem, aut ea nolle vti, quam habet: non donatione facta prorſus ablatum eſſe, quia donatio illam reſeruauerat.

Capvt XCIII.

Donatio facta omnium bonorum præſentium & futurorum, an contineat veſtes, ſuppellectilem & alia, quæ veriſimile non eſt quenquam ſpecialiter donaturum eſſe.

Qvod concluſum eſt à nobis ſupra cap. 88. donationem omnium bonorum præſentium & futurorum non valere, quia facultatem teſtandi adimit donanti, ita accipiendum eſt, vt locum habeat, quoties manifeſtum eſt donatorem bona omnia voluiſſe donatione comprehendi quæcunque habuit, nulla re excepta. Cæterum ſi non ita manifeſta ſit donatoris voluntas, exiſtimo æquitati & iure magnopere conſentaneam eſſe Doctorum interpretationem, qui dixerunt, donationem non comprehendere ſuppellectilia, veſtes, & id genus alia, quæ nemo veriſimiliter donaret, ac proinde, ſi tam precioſa ſint, vt de eis teſtari donator, & hæredem in eis habere probabiliter poſſit, donationem ipſam valere. *Ita Matthæſilanus ſingulari 136. Nota vnum. Socinus ſenior. ad l. ſi is, qui ducenta, §. Verum. ff. de rebus dubiis, & alij quos refert & ſequitur Cagnolus ad l.vlt. C.de pact. nu. 253. cum ſequentib. Quamuis Decius eo in loco diſſentiat, nu.33. quem ſequi videtur Alciatus ibid.n.80.*

Fundamentum eſt, quoniam hæc interpretatio adhibetur in generali bonorum obligatione multo igitur æquius erit, vt in donatione, quæ maioris eſt præiudicij, adhibeatur Vlpianus: [*Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturus ve ſit, non continebuntur, quæ veriſimile nõ eſt quenquam obligaturum fuiſſe, vt puta ſuppellectilem, veſtes, &c.*]

l. Ob-

l. Obligatione, ff. de pignoribus.

Fundamentum Decij eſt, quia text. Vlpiani loquatur de generali obligatione, nos autem de vniuerſali, [*Omnia bona, &c.*] Qui omne dicit, nihil excludit, *l. Iulianus, de legat. 3.*

Reſpondet late & docte Cagnolus, verborum generalitati, & ſignificationi mentem loquentis præferendam eſſe. Verbis ex vniuerſalibus excipiendum eſſe caſum hunc ex mente, ex æquitate & Ciuili quadam interpretatione: quia licet oratio omnia comprehendat, militat ſemper illa ratio æquitatis, vt excipiantur ea, quæ veriſimile non eſt quemquam ſpecialiter donaturum fuiſſe: æquiſſima ſane mihi videtur interpretatio; quanquam ſummo iure inſpecto, Decij & Alciati ſententia iuri ſit magis conſentanea.

Capvt XCIV.

Vtrum donatio hæreditatis valeat.

Donationem hæreditatis valere non pauci, nec obſcuri nominis reſponderunt Crauetta *in conſil. 139. nu. 6.* Alciatus *in l. vltim. nu. 81. C. de pact. & ibidem* Iaſon. Decius & Purputatus *nu. 245.*

Fundamētum eſt; quia verbum hæreditatis accipitur impropriè, vt actus valeat, ſcilicet, vt ſignificet bona præſentia donatoris, *ſicut accipitur in l. Quæſitum. §. ſi quis mihi ſeruus, de leg. 1. & ibi Gloſſ. in verbo, hæreditatis.* Sed valde infirmum mihi hoc fundamentum videtur, quia, vt alias ſæpe dixi, non eſt bona conſequentia, ſi quis ita ratiocinetur. Illud verbum aliquo in loco accipitur in hoc ſenſu; ergo & hoc in caſu eodem ſenſu accipiendum eſt.

Cōtrariam ſententiam, quæ mihi veriſſima videtur, habuerunt Bartol. *in l. vlt. C. de pact.* & alij magis communiter Doct. *teſte Cagnolo ibid. n. 276. Clarus § Donatio. quæſt. 19. verſ. Sed quæro, vbi alios citat.*

Fundamentum eſt ſolidum in lege, & in iuris ratione. Quod attinet ad legem, eſt textus in l. Hæreditas, C. de pactis conuētis, & in l. Pactū quod dotali, C. de pact. l. Ex eo. C. de inutil. ſtip. Nam ſi hæreditas pacto donari non pōt; ergo nec donatione: quia donatio fit per pactum, vel per ſtipulationem: Ex quo illud etiam apparet non poſſe hoc in caſu idem importare verbum hæreditatis, quod verbum, bonorum, quia ſi liceret ita verbum illud accipere, pactū, quo hæreditas datur, valeret, & hæreditas intelligeretur pro bonis præſentibus ipſius paciſcentis. Et tamen lex pactum negat valere; ergo non ita nobis licet verba clara in alium ſenſum detorquere abſque vlla legis autoritate.

Iuris autem ratione probatur hæc ſententia: quia hæreditas eſt ſucceſſio in vniuerſum ius, quod defunctus habet tempore mortis, *l. Nihil aliud, de verb. ſign.* Ergo is, qui donat hæreditatem ſuam, donat omnia bona & iura ſua præſentia & futura, ſcilicet, quicquid tempore mortis habebit: Conſequenter contra bonos mores eſt talis donatio, & ideo non valet; quia aufert teſtandi facultatem non ſecus, ac donatio ipſa omnium bonorum præſentium & futurorum, vt ſupra diſputatum eſt.

Huc accedat à iuris ratione alienum eſſe, vt iura teſtamentorum & cōiunctorum inter viuos confundantur. Nam hæreditas teſtamento datur, idque multis adhibitis ſolennitatibus conficitur, quare non expedit, vt inter viuos hæreditas donari poſſit abſque illis ſolennitatibus.

Scio contrariæ ſententiæ autores id non negare; ſed vrgere illam interpretationem impropriam, vt donatio ſuſtineatur: ſed certe cum in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt facienda voluntatis quæſtio, *l. ille aut ille, de leg. 3.* Hoc refugium autores legum habuerunt ad ſuſtinendas pactiones, quibus hæreditas confertur, & tamen eo non ſunt vſi; quia non potuerunt commode id facere, repugnante nimis aperta verbi ſignificatione.

Capvt XCV.

Poſſitne mortis cauſſa hæreditatem ſuam quis donare?

Eſt

EST etiam controuerſia: poſſitne quis mortis cauſa ſuam hęreditatem donare. Negant Bartolus, Alexan. & Iaſon *ad d. l. licet, C. de pact. idem Alexan. in conſ. 28. lib. 3.*

Fundamentum eſt in l. Licet, C. de pactis, & in l. hæreditas, C. de pactis conuentis, & quia videtur effecta eſſe donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, quæ non valet. Cæterum, affirmat Decius *ad d. l. Licet, nu. 10.* cui videtur Cagnolus adſtipulari *ad l. vlt. num. 278. C. de pact.* quibus ego aſſentior, adhibita diſtinctione quorundam, cuius mentionem facit Decius, vt valeat donatio hæreditatis non iure directo, ſed veluti per fideicommiſſum. Conſtat enim hæreditatem teſtamentis duntaxat directe relinqui poſſe. Codicillis autem non poteſt directe relinqui, §. *Hæreditas, Inſtitut. de codicillis.*

Conſtat etiam legari poſſe hæreditatis partem, *l. mulier. §. vltim. ff. ad Trebellia.* quod legatum non dat hæreditatem directo, ſed per fideicommiſſum dare intelligitur, & cōſequenter hęres inſtitutus grauatus cenſetur eam reſtituere. Cum itaque donatio cauſſa mortis ſimilis ſit vltimis voluntatibus, *l. vltim. C. de donat. cauſ. mort.* Et per omnia fere legatis connumeretur, *Inſtit. de donatio. in §. 1.* Sequitur dicendum, eiuſmodi donatione hæreditatem in alium transferri poſſe; & hanc vim habere, vt hæres grauatus eſſe videatur eam donatario tradere, detracta quarta parte ex Trebelliano Senatuſconſulto.

Huc accedit, quod cum in donatione mortis cauſſa pœnitentiæ locus ſit, §. 1. Inſtitut. de donatio. non videtur per eam facultas teſtandi donatori ſublata: poteſt enim hæredem inſtituere, vel ipſum donatarium, vel ſi pœnituerit, alium, & reuocabitur iſta donatio. Quod argumentum facit, vt putem hanc concluſionem veram eſſe, licet donatio cauſſa mortis in teſtamento non fiat, reiecta Decij conciliatione, quia non tollit, vt dixi, libertatem teſtandi.

Ex quo infertur argumentum contrariæ opinionis, non obſtare, quo dicebatur donationem hæreditatis ſimilem eſſe donationi omnium bonorum præſentium, & futurorum, quæ non valet. Nam in hoc eſt differentia, quod donatio illa omnium bonorum præſentium & futurorum inter viuos facta tollit facultatem teſtandi: neque enim donator pœnitere poteſt, ſed iſta quę cauſa mortis fit, facultatem teſtandi nō aufert: quia pœnitentia reuocari poteſt, *vt declarat optime Clarus in §. Donatio, q. 19. verſ. Sed quid ſi faciat.*

Ad l. Licet, C. de pactis. reſpondeo, illam non loqui de donatione cauſſa mortis, ſed de pacto, per quod ſucceſſio transfertur, Vnde non valet, niſi inter milites, vt ibi dicitur. Licet enim in donatione cauſſa mortis pactum interuenire poſſit ex donatarij præſentia, qui conſentit, & acceptat donationem, tamen latum eſt diſcrimen inter pactum illud ſimplex, & iſtud, quod in donatione mortis cauſa interuenit. Nam in illo, ſi valeret, locus pœnitentiæ non eſt; quia eſt pactum inter viuos: & ideo aufert teſtandi facultatem. Pactum autem quod interuenit in donatione cauſſa mortis, non impedit quo minus illa reuocari poſſit, & conſequenter donator pœnitere poteſt, & teſtamentum condere. Et hęc reſpōſio valet ad omnes alias leges, quibus dicitur pactis hæreditatem dari non poſſe: loquuntur enim de pactis non tranſeuntibus in aliam ſpeciem, nimirum vltimæ voluntatis, qualis eſt mortis cauſa donatio: ſed de ijs, quę reuocari non poſſunt ab ipſis paciſcentibus.

CAPVT XCVI.

Vtrum hæreditas per procuratorem adiri poßit?

VEteres interpretes Accurſium ſecuti magis communiter dixerunt per procuratorem non poſſe hæreditatem adiri, autoritate Pauli in l. per procuratorem. 89. ff. de acq. hæred. Paulus: [*Per procuratorem hæreditatem adquiri non poſſe.*] ratio eſt; quia cum mando procuratori, vt adeat hæreditatem, eo ipſo videor adire, & ideo nihil re-

hil remanet agendum per procuratorem. Cæterùm Franciſcus Duarenus *lib. 2. diſputationum, cap. 27. & ad tit. de acquir. hæred. cap. 4. non procul à fine.* contrarium docet: quia in Codice Florentino legitur *in d. l. 89.* per curatorem.

Nam curator datus pupillo ad adeundam hæreditatem non ſufficit, ſed tutor neceſſarius eſt, *l. cùm in vna. §. 1. ff. de appellat. & relat.* Rationem verò illam non probat, quia fieri poteſt, vt is, qui hoc mandat procuratori, cogitet eum non ſtatim id facturum eſſe, ac totum medium tempus ſibi liberum fore ad deliberandum. Per procuratorem igitur adiri hæreditas poterit, cùm id nullo iure exceptum repetiatur.

Procuratoris enim vſus permiſſus eſt in omnibus negotijs, niſi in quibus id exceptum reperitur, *l. 1. ff. de procur.*

Cæterùm his aduerſatur Cuiacius *lib. 1. obſeruat. cap. 34.* vbi patet retinendam veterem lectionem, nec ſatis forſitan eo in loco emendatas eſſe Pandectas Florentinas: [*Sed ſiue hoc, ſiue illo modo legatur,* inquit, *ego nec per curatorem, nec per tutorem, aut per procuratorem hæreditatem poſſe adquiri exiſtimo. Illud enim eſt ἀσυλλόγιστον, ſi quis iſta ratione probare velit, rectè Paulum dixiſſe per curatorem, quia tutoris authoritate opus ſit in hæreditate adquirenda. Aliud namque eſt tutore authore, longè aliud per tutorem adquirere hæreditatem. Tutore quippe authore, id eſt, ipſo pupillo adeunte, ac ſolennia peragente. Per tutorem, id eſt, adeunte tutore atque agente ſolennia. Illo modo rectè ſibi hæreditatem pupillus adquirit, non tamen authore curatore: ideoque tutorem habenti plerumque ſpecialis tutor ad adeundam hæreditatem datur, l. Impuberi. ff. de tutor. & curat. datis ab his. l. Cùm in vna. §. Tutor. ff. de appellatio. Vlpianus in Fragment. tit. de Tutelis, quod ſcilicet ad eam rem non ſufficiat curatoris authoritas. Cæterùm, vt per curatorem adquiri hæreditas non poteſt, ita nec per tutorem, niſi pupillus infans ſit, l. Potuit. C. de iur. delib. l. Seruo inuito. §. Si pupillo. ff. ad Trebell. & multò minus per procuratorem. Quod ſi per procuratorem adquiri poteſt, nihil ... ac ... ipuum habet procurator Cæſaris. Cui tamen hoc iure ſingulari lex datum ait, vt Cæſari adquirat, l. 1. §. vltim. ff. de offic. procur Cæſaris, id eſt, rationalis, Nihil denique hac in re diſtabit hæreditas à bonorum poſſeſſione; Nam & per tutorem, & per procuratorem adquiri bonorum poſſeſſio poteſt, dicto. §. Si pupillo. l. Si maritus, C. mand. l. Si quis alicui, ff. de acquirend. hæred. Sed tamen hoc non eſt admittendum. Ius enim Prætorium Ciuile Iure indulgentius & benignius eſt. Ius Ciuile directum & aſperum. Ius Prætorium mite & moderatum eſt: Atque ideò per tutorem, curatorem, procuratorem bonorum poſſeſſio adquiritur, hæreditas non adquiritur. Et hoc probo.*] Hactenus Cuiacius.

Sed audiamus Duarenum: [*Procuratorem hic accipimus, cui ſpecialiter mandatum eſt. Nam procurator vniuerſarum rerum generaliter datus adeundo nihil agit, excepto procuratore Cæſaris, ſi opulenta ſit hæreditas, l. 1. ff. de offic. procur. Cæſaris. Ac ne tutor quidem, vel Curator propter ſubtilitatem iuris veteris, l. Potuit, C. de iure deliber. ſed per tutorem aut curatorem rectè dicitur adiri hæreditas, id eſt, interueniente tutore, aut curatore, quamuis ipſe adeat; arg. l. vtrum. ff. de reb. cred.*] Hactenus Duarenus.

Vides, vt puto, Lector, tria Cuiacium obijcere, primò hæreditatem adquiri non poſſe per tutorem. Secundò, eadem ratione nec per procuratorem, & quia nihil eſſet ſpecialiter conſtitutum in procuratore Cęſaris. Tertiò, non poſſe adquiri per procuratorem hæreditatem, vt ſit aliqua differentia inter hæreditatem, & bonorum poſſeſſionem, quæ etiam per tutorem & procuratorem adquiri poteſt.

Contra verò Duarenum velle hæreditatem adquiri poſſe per procuratorem ſpecialem tamen, quia non ſufficit generalis. Secundò, per tutorem adquiri poſſe, hoc eſt, tutore authore, non autem per curatorem, hoc eſt, authore curatore. Tertiò, nec per tutorem adquiri poſſe, hoc eſt, ipſo tutore adeunte. Denique ſpecialiter conſtitutum eſſe, vt per procuratorem generalem Cæſaris adquiri poſſit.

Igitur ſic concludo, ſecutus ſententiam Duareni: Hæreditas adquiri poteſt per procuratorem. Id probo, quia alia poſſunt per procuratorem adquiri, quę non ſunt legibus excepta. Id autem legibus exceptum non eſt.

Non obſtat l. per Procuratorem. 80. ff. de acquir. hæred. quia verior lectio Florentina habet per Curatorem.

Non obſtat, quod dicitur, nec per tutorem adquiri poſſe, quia id concedo, ſi tutor ipſe adeat, ſecus autem ſi pupillus, tutore authore, adeat. Item ſecùs ſi pupillus ſit infans, quia tutor eius nomine adquirere poteſt hæreditatem, *l. Si infanti, C. de iure deliber.* & conſequenter eo in caſu per tutorem hæreditas adquiri poteſt.

Non obſtat, quod dicitur, ſi per procuratorem hæreditas acquiri poſſit, nihil præcipuum hac in re procuratorem Cæſaris habiturum, contra l. 1. ff. de offic. procurat. Cæſar. quia reſpondeo, præcipuum hoc eſſe in procuratore Cæſaris, vt ad hæreditatem adeundam & adquirendam nomine Cæſaris generale mandatum ſufficiat, in alijs enim ſpeciale mandatum requiritur.

Non obſtat, quod dicitur, nullam fore differentiam hac in re inter hæreditatem, & bonorum poſſeſſionem: quoniam hæc eſt differentia, quòd per alium adquiri poteſt bonorum poſſeſſio, *l. 3. §. adquirere, ff. de bonor. poſſeſſ.* hæreditas autem per ſpecialem procuratorem. Illa regulariter per tutorem adquiritur, *l. Seruo inuito, §. vltim. ff. ad Trebell.* Hæreditas tutore authore potius, *C. de iure delib.* niſi ſit infans pupillus, *l. ſi infanti, C. eod.*

CAPVT XCVII.

Ad l. cum quam. 14. C. de fideicommiſſis.

IMperator Valerianus, & Galienus: [*Eam quam frater tuus inſtituerat, ſiue quæſita, ſiue non quæſita hæreditate, deceſſerit; cùm tamen ſimpliciter, ante quam duodecimum ætatis annum impleuiſſet, verbis precarijs teſtamento facto, nonnullos ei voluerit ſubſtitutos; nihil prohibet fideicommiſſum peti, vel ab ipſius hæredibus, vel ab ijs qui bona inteſtati tenent. Tunc enim locum habent, quæ regulariter traduntur: ea, quæ in teſtamento relinquuntur, ſi ex teſtamento non adeatur hæreditas, non valere: cùm verbis relicta directis adiri potuit hæreditas, non, cum illa ipſa ſit data eſt, vt eſſet ab inteſtato, à ſucceſſoribus poſtulanda. Quod reſcripſimus ſequentes adſeuerationem tuam, quaſi ſcripta hæres non fuerit iure adoptata, alioqui ſi in familia relicta, hæres facta deceſſit, & conſequenter ipſius hæredes petitioni fideicommiſſi reſpondere coguntur.*]

Veteres interpretes non ſatis hanc legem explicarunt, conatus eſt poſt eos Alciatus ei lucem adferre *lib. 1. diſpunctionum, c. 9.* Author ſum ſtudioſis, vt claram & planam ſequantur Duareni & Goueani interpretationem, additis ijs, quæ ipſe ſubijciam. Etſi qua erit diſſenſio, dicam quid ſentiam. Duarenus lib. 2. Diſputationum, c. 5. [*Titius frater Sempronij puellam impuberem adoptauit, ſed non iure ac legitimè, deinde eam inſtituit, non ciuilibus verbis vſus, nec directis, ſed precarijs tantùm ac fideicommiſſi, hoc modo: Volo vt puellæ hæreditatem meam dent hæredes mei. Deinde ſubſtituit huic puellæ quoſdam alios poſt mortem puellæ ſimpliciter, non autem ſi impubes deceſſiſſet. Deceſſit puella, quæritur, an ſubſtituti poſſint fideicommiſſum petere. Cauſa totius quæſtionis ac dubitationis eſt, quod non adita hæreditate ex teſtamento, fideicommiſſum non videtur deberi, l. Si nemo, de regul. iur. At hic nullus hæres extitit ex teſtamento, qui hæreditatem adiuerit. Verùm hic reſcribit Valerianus fideicommiſſum peti poſſe, vel ab ipſis hæredibus, qui bona inteſtati tenent, id eſt, etiam à legitimis hæredibus Titij nedum à teſtamentarijs, quos conſtat hic nullos fuiſſe. Nec nos mouere debet, quod dicitur, niſi hæreditas adita fuerit, non poſſe fideicommiſſum peti, &c. Id enim accipiendum eſt, cùm verbis directis ac ciuilibus hæreditas eſt relicta, non verbis fideicommiſſi, vt ſit ab inteſtati ſucceſſoribus poſtulanda, quod accidit in hac ſpecie, vt iam diximus, in qua teſtamentum vim codicillorum habet, quia tametſi ſeruatis ſolennibus factum fuerit, tamen apparet teſtatorem voluiſſe codicillos valere, ex eo, quòd non inſtituit directò hæredem, nec verbis ciuilibus, ſed fideicommiſſi, l. vlt. ff. de iure Cod. l. Non codicillum, C. de teſtam. Poterat autem dubitari in propoſita ſpecie, num poſſent conueniri hæredes puellæ tanquam legitimi. Quæſtionem facit quod puella adoptata fuiſſe dicitur à Titio, vnde videtur, iure ſuo hæreditatem Titij ad ſuos hæredes tranſmiſiſſe. Sed Valerianus reſcripſit à legitimis hæredibus Titij fideicommiſſum peti, nullam faciens mentionem hæredum puellæ: quia propoſitum fuerat, eam non iure adoptatam fuiſſe, atque ideo in familia Titij non fuiſſe. Alius non alij eſſent legitimi hæredes Titij, quam*

tij, quàm ipſius puellæ.] Hactenus Duarenus.

Antonius Goueanus Lectionum iuris variatum, lib.1.c.1. [*Falco puella inſtituta verbis precarijs ita ſubſtituit: ſi Caia intra pubertatem deceſſerit, hæreditatem meam illi, & illi reſtitui volo. Puella necdum quæſita hæreditate deceſſit. Falconis frater agnationis iure hæreditatem inteſtati fratris adijt: quam cùm ab eo ex fideicommiſſi cauſa peterent ſubſtituti, defendebat ſubſtitutioni locum nullum eſſe, quando acquiſita ex teſtamento non eſſet hæreditas; regulariter namque definiri: Nam adita ex teſtamento hæreditate, relicta in teſtamento nihil valere: eamque regulam ad ſubſtitutiones quoque pupillares pertinere. Valerianus autem & Galienus Impp. regulam hanc iuris ibi locum habere reſcripſerunt, cùm aut verbis directis ſit ſubſtitutio, aut ſolus rogatur inſtitutus: non autem cùm peti etiam ab ijs hæreditas poteſt, qui veniunt ab inteſtato. Poſſe autem à venientibus ab inteſtato peti hæreditatem, non ſolùm cùm hi apertè rogantur, verùm etiam cùm ſimpliciter ita quis ſcribit: Volo ſiue rogo, ſi quem hæredem ſcripſi è viuis decedat, hæreditatem meam Titio reſtitui. Ita enim qui rogat, omnem videtur rogare ſucceſſorem: Inſtitutum ſi acquirat; ſi is omittat legitimum ſucceſſorem. Ea igitur reſcripti huius vis eſt, atque ſententia, ſubſtitutionem fideicommiſſariam, ex qua à legitimis ſucceſſoribus peti hæreditas poteſt, non adeunte inſtituto locum habere. Quod enim ſine hæredis inſtitutione fieri potuit deſtituta inſtitutione vitiari non oportere, argumento illud fuerit Triphonij in l. Miles ita, ff. de milit. teſtament. impuberi filio factum à milite ſubſtitutionem, quamuis non adita ex teſtamento hæreditate, valere tamen; quia miles ſoli filio teſtamentum facere poſſit.*] Hactenus Goueanus, qui multa alia pro explicatione legis adfert, quæ non deſcribo.

Video diſſenſionem eſſe inter Duarenum & Goueanum in duobus, quæ vbi explicauero, tum ad verborum legis explanationem deſcendam.

Primò diſſentiunt; quia Duarenus dicit puellam inſtitutam fuiſſe hæredem, non ciuilibus verbis, ſed precarijs tantùm, & fideicommiſſi, hoc modo: *Volo vt puellæ hæreditatem meam dent hæredes mei.* Goueanus autem nullam huius fideicommiſſi mentionem facit, & præſupponit puellam inſtitutam fuiſſe, ſed ſubſtitutos ei datos fuiſſe verbis precarijs, hoc modo: Si Caia intra pubertatem deceſſerit, hæreditatem meam illi & illi reſtitui volo.

Et hæc interpretatio Goueani videtur prima fronte magis conſona verbis legis. Ait enim textus: [*Eam quam frater tuus inſtituerat, &c. Cum tamē ſimpliciter, antequam duodecimum ætatis annū impleuiſſet, verbis precariis teſtamento facto nonnullos ei voluerit ſubſtitutos, &c.*] Ex quo apparet verba precaria, quorum lex meminit, referri ad ſubſtitutionem, non autem ad inſtitutionem.

Sed magis placet Duareni ſententia, & expoſitio propter verba illa quæ ſequuntur in textu: [*Non cum illa ipſa* (ſcilicet hæreditas) *ſic data eſt, vt eſſet ab inteſtato ſucceſſoribus poſtulanda.*] Hæc enim verba ſignificant datam hæreditatem puellæ fuiſſe per fideicommiſſum eo modo, quo declarat Duarenus.

Secundo, Duarenus dicit, quoſdam alios puellæ ſimpliciter poſt mortem ſubſtitutos, non autem ſi impubes deceſſiſſet, quod repugnat verbis legis. ibi, [*Cum tamen ſimpliciter antequā duodecimum ætatis annū impleuiſſet, &c.*] Et ideo rectè Goueanus format facti ſpeciem, ita, vt ſubſtitutio facta ſit, Si Caia ante pubertatem deceſſerit, & illud verbum, Simpliciter, &c. rectè exponit, [*hoc eſt, omnino ab omniq; ſucceſſore reſtitui voluit hæreditatem, ſi puella intra pubertatem decederet. Simpliciter enim rogat, qui neq; hunc, neq; illum rogat, ſed quid fieri omnino velit, oſtendit, itaque rogare omnes videtur.*]

Hæc igitur eſt legis huius ſententia. Siue ea puella, quam frater tuus hæredem inſtituerat, quæſita, ſiue non quæſita hæreditate deceſſerit, (Non quæſita hæreditate, quia inſtitutio non valuit. Fuit enim inſtituta tanquam filia adoptiua, & adoptio non fuit iure facta) fideicommiſſum peti poterit ab ijs, qui verbis precarijs ſimpliciter ei ſubſtituti ſunt. Poterit, inquam, peti non à puella defuncta, neque ab hæredibus eius, eo in caſu, quo illa non quæſiuit hæreditatem, ſed ab hæredibus ipſius teſtatoris. In caſu autem, quo hæreditas puellæ quæſita eſſet, ab hæredibus eius peti poſſet. Et hic eſt ſenſus illo-

rum verborum, [*vel ab ipſius heredibus, vel ab ijs, qui bona inteſtati tenent.*] Ab hæredibus ipſius puellæ, ſi quæſiuiſſet hæreditatem; ab hæredibus inteſtati, id eſt, eius, qui ita teſtamento diſpoſuit, ſed teſtamentum irritum factum eſt eam ob cauſſam, quòd inſtitutio non valuit, nec ſcripta hæres puella obtinuit hæreditatem.

Tunc enim locus eſt regulæ iuris, ſi nemo ex teſtamento adierit hæreditatem, non valere ea, quæ in teſtamento relinquuntur, [*cùm verbis relicta directis adiri potuit hereditas,*] id eſt, cùm verbis directis inſtitutio facta eſt: [*Non cùm ea ipſa* (hæreditas) *ſic data eſt, vt eſſet ab inteſtato à ſucceſſoribus poſtulanda.*] Sic enim legendum putat Goueanus, non vt vulgò legitur, ab inteſtato ſucceſſoribus; ſed in propoſita ſpecie hæreditas relicta eſt puellæ non directis verbis, ſed precarijs, eo modo, quo ſupra diximus ex Duareno; ergo regula illa iuris locum habere non poteſt; [*Quæ ita reſcripſimus,* inquit textus, *ſequentes ad ſeruationem tuam, quaſi ſcripta heres non fuerit iure adoptata.*] Id eſt, locum habent iſta eo in caſu, quo puella deceſſit non quæſita hæreditate: ea, inquam, quæ dicta ſunt de fideicommiſſo petendo ab hęredibus, qui ab inteſtato ſuccedunt, ſi enim puella iure adoptata fuiſſet, & in familia defuncti teſtatoris hęres facta deceſſiſſet, hęreditatem ad ſuos hęredes tranſmiſiſſet; conſequenter fideicommiſſum eo in caſu ab ipſius puellæ hæredibus petendum eſſet. Textus variè legitur, meus Codex habet, fideicommiſſum petere, alij habent, peti.

Ego vtramque lectionem probo, quia ſenſus eſt, ſubſtitutos fideicommiſſum petere poſſe, ſi ea, quæ inſtituta fuit, deceſſerit: ſi legas peti, intellige à ſubſtitutis: ſi legas, petere, intelliges ſubſtitutos.

Illæ verba, Eam, Quam, more Græcorum ſcripta ſunt, eam, pro ea, vt cùm dicitur: [*Vrbem quam ſtatuo, veſtra eſt.*] Et eſt ac ſi clarius diceretur, ſi puella à fratre tuo hæres inſtituta deceſſerit, ſiue quæſita, ſiue non quæſita hæreditate, ſubſtitutio tamen verbis precarijs ea facta locum habet, & ſiquidem inſtitutio valuiſſet, & puella iure adoptata deceſſiſſet hæres, eius hæredes fideicommiſſum reſtituere tenerentur ſubſtituto.

Cæterum, ſi adoptio non valuit, & ideo non quæſita hæreditate, puella eſt defuncta, fideicommiſſum reſtituere tenentur hæredes fratris tui defuncti, qui proximiores ſunt ab inteſtato. Nec ſe tueri poſſunt ea exceptione, quod fideicommiſſum non valeat: quia ex teſtamento hæreditas adita non eſt. Nã locum habet exceptio illa, quoties hæreditas verbis directis, relicta eſt: ſecus quando verbis precarijs, tunc enim hęredes ab inteſtato venientes, ſicut tenentur hæreditatem dare puellę, ſi adoptio valuiſſet, ita ſi non valuit, tenentur eam ex fideicommiſſo dare & reſtituere ijs, qui puellæ ſubſtituti fuere.

CAPVT XCVIII.

Defenditur ſententia autoris de emphyteuta, an donare poſſit ius emphyteuticum conſenſu domini non requiſito, quæ extat in prima parte Controuerſiarum, lib. 3. c. 97.

NOn muto ſententiam, quam firmaui *in prima parte Controuerſiarum, lib. 3. c. 97* conſenſum domini requirendũ ab emphyteuta, licet non vendere, ſed donare velit ius emphyteuticum: tum quia legis verba generalia ſunt, & omnem continent alienationem, *l. 3. C. de iure delib.*

Tum quia domini intereſt, vt conſenſus eius requiratur. Primum, vt ſciat quis nouus ſit emphyteuta, an idoneus ad ſoluendum Canonęm. Deinde, quod multas alias ob cauſſas eiuſdem interſit, vt ibi latius explicaui. Non muto, inquam ſententiam ex his quæ diſputat, & pro contraria ſententia adfert elegantiſſimus, & doctiſſimus Iuriſconſultus Fornerius, *libr. 2. Selectio. cap.* 30. Primum dicit, alienationis, verbum cõtrahendum eſſe, vt ſignificet ſolam venditionem, citat text. in §. Adeo. in. Inſtit. de locat. Sed contrarium dicit. Verba Iuſtin. hæc ſunt: [*Vt ecce de prædus, quæ perpetuo quibuſdam fruenda traduntur, id eſt, vt quamdiu penſio,*

penſio, ſiue reditus pro his domino præſtetur, neque ipſi conductori, neq; heredi eius cuiue conductor, heres ve eius id prædium vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienauerit, &c.]

Non video quid ſibi velit Fornerius, dum ait: [*Quod Zeno initio l. 1. C. eod. tit. alienationem generaliter dixerat, id ipſum referens Iuſtinianus, ſpecialiter vẽditionem nominauit. §. Adeo. Inſtit. de locat.*] Id vt verum ſit, inquam, non video: ſiquidem Iuſtinianus de venditione, donatione, & quacunq; alienatione loquitur, vt patet ex verbis proxime relatis.

Secundum argumentum Fornerij eſt, quia fit mentio pretij, *in d. l. 3. C. de iure emphyt.* ergo venditio ſignificatur, *l. 3. C. de prædiis decurio.* Reſpondeo, Iuſtinianum de pretio loqui, quatenus ſcilicet, de venditione loquitur.

Sed loquitur etiam de alienatione generaliter, verba ſic habent: [*Minime licere emphyteutæ ſine conſenſu domini meliorationes ſuas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre.*] Hæc poſtrema verba videntur mihi generalia, & non ſolum venditionem ſignificare, ſed omnem aliam alienationem.

Tertium argumẽtum eſt: [*Quia denunciatione*, inquit, *illic opus non eſt, vbi dominus nullo pretio repenſo meram emphyteutæ liberalitatem proculdubio accepturus eſt.*] Reſpõdeo denunciatione opus eſſe, etiam eo in caſu, quo donare vult emphyteuta ius ſuum, non vt dominus præferatur, & conſequenter ex donatione rem ab emphyteuta conſequatur: neque enim inuitus emphyteuta cogendus eſt donare ius ſuum domino, vt optime deducit Fornerius ad finem capitis. Sed ne ex donatione in quemquam collata præiudicium domino inferatur, vel propter annuum canonem, vel propter alias cauſas.

Poſtremum argumentum eſt, non eſſe pertimeſcendam aliquam iniuriam: cum non tam facile quiſquam donet, quam vendat: in hoc enim rei pretium captatur, in illo perditur, *l. 7. ff. de donatio.* Sic enim non prohibetur donare mulier, fideiubere prohibetur, *l. 4. ff. ad Velleian.* Decuriones nihil vetat prædia donare, vendere autem ſperato, ſcilicet, pretio non licet, *l. 1. l. vlt. C. de prædiis decurio.*

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia: quia nõ dicimus colonum ſiue emphyteutam prohibitum eſſe donare, ſed denunciare id oportere domino, cuius multas ob cauſſas intereſſe poteſt, vt ſciat, cui donetur. Et licet raro fiant donationes, non tamen raro fraudes committerentur, ſi paſſim domino non requiſito liceret emphyteutę ius ſuum donare. Nec propterea, quod raro homines donare ſoliti ſunt, ideo nullas de donationibus leges habemus, immo vero multas. Ergo nec iuſta hæc interpretatio ob eam cauſam repudianda erit.

CAPVT XCIX.

Annotationes ad primum cap. lib. 1. Controuerſ. primæ partis, & ad cap. 71. libri 3.

QVod ſcripſi *lib. 1. Controuerſ. iuris, c. 1.* de pœna carceris aduerſus eos, qui venatur Principe prohibente, non ignorabam iuri Cæſareo conſonum non eſſe: [*Carcer enim ad continendos, non ad puniendos homines haberi debet*, vt inquit Vlpianus *in l. Aut damnum, §. Carcer. ff. de pœnis.*] ſed moribus conſentaneum eſt, quibus paſſim fere carceris pœna recepta eſt, conuenienter iuri canonico *c. Quamuis, de pœn. lib. 6.*

De dote profectitia diſſerui *l. b. 3. cap. 71.* Pro diſtinctione ibi facta inter filiã in poteſtate & emancipatam, indicauit mihi D. Fabricius Matthæus, Doctor magni ingenij & ſpei, & gener mihi chariſſimus, textum in l. Pater. ff. de Euictio. in illis verbis: [*Intereſt enim patris filiam dotatam habere, & ſpem quandoque recipiendæ dotis, vtiq; ſi in poteſtate ſit: Quod ſi emancipata eſt, vix poterit defendi ſtatim committi ſtipulationem, cum vno caſu dos ad eum regredi poſſit.*]

Capvt C.

Annotationes continet ad c.1.lib.4.& ad c.22. eiuſdem lib.& ad c.31.

ADdo de ſchedula continente patris teſtamentum inter liberos, Cuiacij ſententiam iuuari poſſe ex reſponſo Alexandri 76.*num.*10.*lib.*3.vbi poſt Salicetum, quem citat in l.Hac conſultiſſima,§.Ex imperfecto, C.de Teſtam.ſcribit non valere, ſi non appareat lectam,& publicatam fuiſſe argum.l.Hac conſultiſſima, C.qui teſta. facere poſſ.ibi dum text.dicit: [*Elogium ipſe ſuum profiteatur agnoſcere,*] & in l.fideicom. verſ.quoties,de leg.3. Sed leges allegatæ non loquuntur de Teſtamento inter liberos. [illegible] *Adde Menochium pro ſententia* [illegible] *& vera, de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.7.nu.5.* Et de patris diuiſione inter liberos ſcriptura comprehenſa, quod valeat, ſi fuerit à patre ſubſcripta, vel à liberis: & fidem obtineat, aliaque cautela non indigeat, eſt expreſſe conſtitutum Nouella de Triente & Semiſſe, §.Et quod ſæpe.

Ad cap.22.eod.lib.omiſi deciſionem Pedemontanam Oſaſchi 26.in materia propoſitæ ibi quæſtionis.

Ad cap.31.eod.lib. de filio exhæredato, vel excluſo ab hæreditate, quando faciat partem, & quando non cæteris filijs, vide Cuiacium *in expoſitione Nouellæ* 18.*colum.4.verſ. Ad hæc notandum eſt.*

FINIS LIBRI SEXTI.

ANDREÆ

VAL 1528657